

Die Rechtmässigkeit der Amtshandlung bei den Delikten gegen die Staatsgewalt gemäss Art. 285/286 StGB

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
MARCEL BÖTSCHI
von Buhwil TG

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Peter Noll

Zürich 1980
Zentralstelle der Studentenschaft



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507202_0069

Die Rechtmässigkeit der Amtshandlung bei den Delikten gegen die Staatsgewalt gemäss Art. 285/286 StGB

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
MARCEL BÖTSCHI
von Buhwil TG

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Peter Noll

Zürich 1980
Zentralstelle der Studentenschaft

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet
hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne
damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 11. Juli 1979

Der Dekan:

Prof. Dr. J. Rehberg



INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis

1. Teil: Historischer Ueberblick

§ 1	Das Recht auf Widerstand im Staatsrecht	1
1.1	Das Problem	1
1.2	Die Theorien des unbedingten Gehorsams	2
1.3	Die Theorien des bedingten Gehorsams	7
§ 2	Die Widersetzung im Strafrecht	9
2.1	Im römischen Recht	9
2.2	Im kanonischen Recht	10
2.3	In germanischer Zeit	11
2.4	Im Mittelalter	11
2.5	Die Neuzeit	12
2.6	Die Widersetzung in der Dogmatik des 19. Jahrhunderts	13
2.6.1	Das Problem	13
2.6.2	Die Vertreter der unbedingten Strafbarkeit der Widersetzung	14
2.6.3	Die Vertreter der bedingten Strafbarkeit der Widersetzung	18
2.7	Die Widersetzung in der Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts	20
2.7.1	In den deutschen Bundesstraf- gesetzen	20
2.7.2	In den schweizerischen kantonalen Strafgesetzen	22
2.7.3	Zusammenfassung	23

2. Teil: Die objektiven Voraussetzungen der geschützten Amtshandlung

§ 3	Die Rechtmässigkeit der Amtshandlung	25
3.1	Das Problem	25
3.2	Der Zusammenhang der Art. 285/86 StGB mit den Art. 32/33 StGB	26
3.3	Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung	29
3.4	Der nichtige Staatsakt	30
3.5	Das akzessorische richterliche Prüfungsrecht	32
§ 4	Die formelle Rechtmässigkeit	35
4.1	Die Zuständigkeit	35
4.1.1	Der Begriff	35
4.1.2	Die sachliche Zuständigkeit	37
4.1.3	Die örtliche Zuständigkeit	38
4.1.4	Die Zuständigkeit beim Handeln auf Befehl oder Anordnung	40
4.2	Die normmässige Form	42
4.3	Normmässiges Verfahren	46
§ 5	Die materielle Rechtmässigkeit	49
5.1	Allgemeines	49
5.2	Der Aufbau der Amtshandlung im Sinne der Art. 285/86 StGB	52
5.3	Mittelbarer Gesetzesvollzug	54
5.4	Die verwaltungsrechtliche Praxis zur Nichtigkeit von Staatsakten	55
5.5	Unmittelbarer Gesetzesvollzug	59

III

5.5.1	Das Prinzip	59
5.5.2	Zum Irrtum des Vollzugs- beamten	60
5.5.3	Zur Vollstreckung eines rechts- widrigen Dienstbefehls	63
5.6	Rechtswidrige Begleithandlungen	65
§ 6	Zusammenfassung	68
 3. Teil: Die subjektiven Erfordernisse hinsichtlich der Rechtmässigkeit der Amtshandlung		
§ 7	Allgemeines	72
§ 8	Die Rechtmässigkeit als objektive Straf- barkeitsbedingung	75
8.1	Begriff der objektiven Strafbarkeits- bedingungen	75
8.2	Inhalt und Funktion der objektiven Strafbarkeitsbedingungen	77
8.3	Die Abgrenzung der objektiven Straf- barkeitsbedingungen von den Tatbestands- merkmalen und den Prozessvorausset- zungen	80
8.4	Das Problem im deutschen Recht	82
8.4.1	Zur Entstehungsgeschichte und Gesetzesfassung	82
8.4.2	Die Rechtmässigkeit der Amts- handlung als objektive Straf- barkeitsbedingung im System der allgemeinen Lehren	86
8.4.3	Das Opportunitätsprinzip	91

8.5	Die Rechtmässigkeit der Amtshandlung als objektive Strafbarkeitsbedingung in den schweizerischen Widerstandsdelikten	94
§ 9	Die Rechtmässigkeit der Amtshandlung als Tatbestandsmerkmal oder Rechtfertigungsgrund	97
9.1	Begriff des Tatbestandes	97
9.2	Begriff der Rechtswidrigkeit	100
9.3	Die Rechtmässigkeit der Amtshandlung als Rechtfertigungsgrund	101
9.4	Die Rechtmässigkeit der Amtshandlung als Tatbestandsmerkmal	106
§ 10	Die Rechtmässigkeit der Amtshandlung weder Tatbestandsmerkmal noch Rechtfertigungsgrund	110
10.1	Die Rechtmässigkeit der Amtshandlung als spezielles Rechtswidrigkeitsmerkmal bei einem "offenen" Tatbestand	110
10.2	Die Rechtmässigkeit der Amtshandlung als Rechtspflichtmerkmal bei Roxin	114
10.3	Die Rechtmässigkeit der Amtshandlung als allgemeines Rechtswidrigkeitsmerkmal	117
§ 11	Die Rechtmässigkeit der Amtshandlung als Träger von Tatbestands- und Rechtswidrigkeitsmerkmalen	120

LITERATURVERZEICHNIS

- | | |
|--------------------------|--|
| Bemmann Günter | Zur Frage der objektiven Bedingung der Strafbarkeit, Rechtswissenschaftliche Studien, Heft 20, Göttingen 1957 |
| Beling Ernst | Die Lehre vom Verbrechen, Berlin 1906 |
| Beutner Eduard | Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung beim Widerstand gegen die Staatsgewalt, Diss. Berlin 1916 |
| Binding Karl | Die Normen und ihre Uebertretung, Band III, Leipzig 1918 |
| Bluntschli Johann Caspar | Allgemeines Staatsrecht, 6. Auflage, Stuttgart 1885 |
| Brunner Josef | Widersetzlichkeit und Aufreizung zur Widersetzlichkeit nach den Gesetzgebungen der Kantone Basel-Stadt und -LANDSCHAFT und der Eidgenossenschaft, Diss. Basel 1940 |
| Dreher | Das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz, Deutsche Juristenzeitung 1953 S. 421 ff |
| Eschenbach Rudolf | Der Widerstand gegen die Staatsgewalt nach § 113 RStGB, Diss. Würzburg 1928 |
| Fleiner Fritz | Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Auflage, Tübingen 1928 |
| Flesch Karl | Zur Lehre von der Rechtmässigkeit der Amtsausübung beim Widerstand gegen die Staatsgewalt, Diss. Strassburg 1906 |
| Frank R. | Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Auflage, Berlin 1931 |

VI

- | | |
|---------------------|---|
| Früh Walo | Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes, Diss. Winterthur 1962 |
| Gassmann Jürgen | Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung beim Widerstand gegen die Staatsgewalt nach Deutschem und Anglo-Amerikanischem Strafrecht, Diss. Berlin 1961 |
| Gerland H. | Deutsches Reichsstrafrecht, 2. Auflage, Berlin 1932 |
| Germann Oskar | Das Verbrechen im neuen Strafrecht, Zürich 1942 |
| Giacometti Zaccaria | Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Band I, Zürich 1960 |
| Goldschmidt | Materielles Justizrecht, Festgabe für Bernhard Müller, Berlin 1905 S. 139 |
| Haftner Ernst | Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Besonderer Teil, 2. Hälfte, Berlin 1943 |
| Hailer Walter | Der Widerstand gegen die Staatsgewalt, Diss. Tübingen 1931 |
| Hegnauer Cyril | Zur Strafbarkeit der Widersetzlichkeit gegen Amtshandlungen (Art. 285/286 StGB), SJZ 52 (1956) S. 101 ff |
| Heitzer | Der Schuldbegriff bei Delikten gegen den Staat, in Neue Juristische Wochenzeitschrift, München 1952 S. 729 ff |
| Jellinek W. | Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen, Tübingen 1908 |
| Jeschek | Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1969 |

VII

- Imboden Max Schweizerische Verwaltungsrecht-
sprechung, 4. Auflage, Basel 1971
- Der nichtige Staatsakt, Zürich 1944
- Das Gesetz als Garantie rechts-
staatlicher Verwaltung, Basel 1954
- Strafgerichtliche Verwaltungs-
kontrolle, ZStR 75 S. 146
- Kühne Hans Der Irrtum des Täters über die
Rechtmässigkeit der Amtsausübung
beim Widerstand gegen die Staats-
gewalt, Diss. Dresden 1930
- Lippmann Joachim Die Grenzen des Deliktes des
Widerstandes gegen die Staatsge-
walt bei unberechtigten Eingriffen
von Vollstreckungsbeamten im
Rahmen des § 113 StGB's, Diss.
Sebnitz 1929
- von Liszt-Schmidt Lehrbuch des deutschen Strafrechts,
25. Auflage, Berlin 1927
- Loepfe Rolf Ungehorsam gegen amtliche Ver-
fügungen, Diss. Zürich 1947
- Lüchinger Martin Ungehorsam gegen amtliche Ver-
fügungen, Diss. Brugg 1924
- Maurach Reinhart Deutsches Strafrecht, Besonderer
Teil, 5. Auflage, 1969 mit Nachtrag
1970 und 1971
- Mayer Max Ernst Der Widerstand gegen Amtshandlungen
in "Vergleichende Darstellung des
Deutschen und Ausländischen Straf-
rechts", Besonderer Teil, Band I,
Berlin 1906, S. 434 ff
- Nef Hans Sinn und Schutz verfassungs-
mässiger Gesetzgebung und recht-
mässiger Verwaltung, ZSR 1950

VIII

- | | |
|---------------------|--|
| Niese Werner | Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, Deutsche Juristenzeitung 10 (1955) S. 326 |
| Noll Peter | Jesus und das Gesetz, Tübingen 1968 |
| - | Die neueren eidgenössischen Nebenstrafgesetze unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten, ZStR 72 S. 367 ff |
| - | Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, ZStR 80 S. 160 ff |
| - | Strafrecht I, Allgemeine Lehren, Vorlesungsskriptum, Zürich 1974 |
| Oppe Wilfried | Rechtmässige Amtsausübung bei Widerstand gegen eine Vollstreckungshandlung, Monatsschrift für Deutsches Recht, Schloss Blehede a.d.Elbe 1961 S. 196 |
| Oswald Wilhelm | Die Gewaltentrennung im Schweizerischen Staatsrecht, ZSR 62 (1943) S. 469 a |
| Pestalozza Graf von | Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung im Sinne von § 113 StGB, Deutsches Strafrecht, Berlin 1939, S. 34 ff |
| Pfeiffer Arthur | Der Gedanke des Widerstandsrechts des Staatsbürgers gegen die unrechtmässige Ausübung der Staatsgewalt; seine geschichtliche Entwicklung und seine Stellung im geltenden Recht, Diss. Hamburg 1934 |

- Rehbinder Manfred Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung im § 133 StGB, Goldtammers Archiv für Strafrecht, Hamburg 1963, S. 33 ff
- Rittler Besprechung von Bemmans "Zur Frage der objektiven Bedingung der Strafbarkeit, Deutsche Juristenzeitung 13 (1958) S. 189
- Roos Gottfried Die Ungehorsamsstrafe des Art. 292 StGB, ZBJV 79 S. 498
- Roth Johannes Zur Frage des akzessorischen Prüfungsrechtes des ordentlichen Richters insbesondere des Strafrichters gegenüber Verfügungsverfügungen, SJZ 48 (1952) S. 34
- Roxin Claus Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 2. Auflage, Berlin 1970
- Ruck Erwin Schweizerisches Staatsrecht, 2. Auflage, Zürich
- Schweizerisches Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Zürich 1951, Bank I
- Sauer Die beiden Tatbestandsbegriffe, Festschrift für Edmund Mezger, München und Berlin 1954, S. 117
- Schaad Pierluigi Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen im schweizerischen Strafrecht, Diss. Winterthur 1964
- Schmidhäuser Eberhard Objektive Strafbarkeitsbedingungen, ZStW 71 (1959) S. 545 ff
- Schneider René Das Widerstandsrecht in Staatsrecht und Staatstheorie der Gegenwart, Diss. Winterthur 1964

- | | |
|----------------------------------|---|
| Schönke Adolf | Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. Auflage, Berlin 1952 |
| Schönke Adolf/
Schröder Horst | Strafgesetzbuch, Kommentar, 17. und 20. Auflage, München 1980 |
| Schröder Horst | Die Irrtumsrechtsprechung des Bundesgerichtshofes, ZStW 65 S. 179 ff |
| Schultheisz | Ein neues Verbrechenmerkmal, ZStR 64 (1949) S. 338 |
| Schultz Hans | Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, 1. Band, Bern 1973 |
| Schwander Vital | Das schweizerische Strafgesetzbuch, unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis, 2. Auflage, Zürich 1964 |
| - | Von den Ungehorsamsdelikten, in "Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung" Zürich, 51. Jahrgang S. 417 ff |
| Schwarzat Ernst | Zur Auslegung des Begriffes der Rechtmässigkeit der Amtsausübung in § 113 RStGB, Diss. Köln 1932 |
| Sidler Max | Widersetzlichkeit und Beamtennötigung im schweizerischen Strafrecht, Diss. Zürich 1974 |
| Steiner E. | Wie weit geht die Ueberprüfungsbefugnis des Strafrichters gegen Verfügungen im Sinne des Art. 292 StGB, SJZ 43 (1947) S. 383 ff |
| Stöckel Heinz | Ungeklärte Notwehrprobleme beim Widerstand gegen die Staatsgewalt (§ 113 StGB), in Juristischer Rundschau, Berlin 1967, S. 281 ff |

- | | |
|--|---|
| Stratenwerth Günter | Strafrecht, Allgemeiner Teil,
Band I, die Straftat, Köln 1971 |
| - | Schweizerisches Strafrecht, Be-
sonderer Teil, Band II, Bern 1974 |
| - | Verantwortung und Gehorsam,
Tübingen 1958 |
| - | Objektive Strafbarkeitsbe-
dingungen im Entwurf eines Straf-
gesetzbuches, ZStW 71 S. 565 ff |
| Thormann Philipp/
von Overbeck Alfred | Das schweizerische Strafgesetz-
buch, 2. Band: Besondere Be-
stimmungen, Zürich 1941 |
| Waeber Harald | Der Aufruhr nach den geltenden
kantonalen Strafgesetzgebungen,
Diss. Bern 1938 |
| Weinkauff Hermann | Ueber das Widerstandsrecht,
Schriftenreihe der Juristischen
Studiengesellschaft, Karlsruhe
1956, Heft 20 |
| Welzel Hans | Das deutsche Strafrecht, 6., 7.,
8. und 11. Auflage |
| - | Das neue Bild des Strafrechts-
systemes, 4. Auflage 1961 |
| - | Die Regelung von Vorsatz und Irr-
tum im Strafrecht als legisla-
torisches Problem, ZStW 67 S. 196 |
| - | Der Irrtum über die Rechtmässig-
keit der Amtsausübung, Deutsche
Juristenzeitung 1952 S. 19 ff |
| Zündorf Rudolf | Der Widerstand gegen die Staatsge-
walt und die Beamtennötigung im
geltenden und zukünftigen Straf-
recht, Diss. Köln 1935 |

ABKUERZUNGSVERZEICHNIS

A.	Auflage
Anm.	Anmerkung
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsent- scheide
AS	Amtliche Sammlung
Bd.	Band
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGHSt	Entscheid des Bundesgerichtshofes in Straf- sachen
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BV	Bundesverfassung
Diss.	Dissertation
EG	Einführungsgesetz
EVGE	Bidg. Versicherungsgericht, amtliche Sammlung der Entscheide
ff	und folgende
i.S.	im Sinne
JR	Juristische Rundschau
JZ	Deutsche Juristen-Zeitung
N	Note
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Straf- sachen
S.	Seite
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SGGVp	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungs- praxis
SORB	Bericht der Solothurnischen kantonalen Rekurskommission in Steuersachen
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch

XIII

StPO	Strafprozessordnung
VerwZBl	Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZHVGr	Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, Rechenschaftsbericht
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

1. Teil: Historischer Ueberblick

§ 1 Das Recht auf Widerstand im Staatsrecht

Das eigentliche Widersetzungsdelikt ist jung. Es tritt erstmals im Code Pénal ¹⁾ vom 6. Oktober 1791 auf. Das Problem, das uns hier zuerst beschäftigt, ob überhaupt und in welchem Umfange allenfalls bei einer unrechtmässigen Amtshandlung strafloser Widerstand geleistet werden kann, ist jedoch viel älter. Die Frage, ob ein Recht zur Widersetzung gegeben ist oder nicht, ist in erster Linie eine staatsrechtlich-politische, wird doch damit die Lehre vom Gehorsam der Untertanen gegenüber der Staatsgewalt berührt. Die staatsrechtlichen Lehren schlagen sich dann entsprechend im Strafrecht nieder. Zum richtigen Verständnis des Deliktes ist es deshalb notwendig, neben den strafrechtlichen Theorien die wichtigsten staatsrechtlichen Lehren zu kennen, die die Ausgestaltung des Deliktes in jeder Epoche prägen.

1.1 Das Problem

Grundsätzlich stehen sich zwei Meinungen gegenüber. Zunächst herrscht die Auffassung von einem unbedingten, blinden Gehorsam gegenüber der Staatsgewalt vor, mit der Konsequenz, dass die Frage nach der Rechtmässigkeit der Amtshandlung sowohl für den objektiven, als auch für den subjektiven Tatbestand eines Widersetzungsdeliktes absolut bedeutungslos war. Ihre Lehrer,

1) Titel premier; quatrième section; article premier

beinahe ausnahmslos Vertreter des absoluten, autoritären Staates, fanden sich bis zum Ende des 19. Jahrhunderts. Es war aber die entgegengesetzte Auffassung, die einer bedingten Gehorsamspflicht, welche sich seit der französischen Revolution allmählich durchsetzte. Ihre Vertreter sehen die Gewalt des Staates durch eine Verfassung begrenzt. Der Bürger hat einer Verfügung nur Folge zu leisten, wenn diese dem Rechte gemäss erfolgt ist. Hier nun ist die Frage nach der Rechtmässigkeit der Amtshandlung für den Tatbestand eines Wider-setzungsdeliktes von Bedeutung.

Es ist nicht Sache dieser Arbeit, allen Vertretern bis in älteste Zeiten und jeder Meinungsschattierung bis ins Detail nachzugehen. Es genügt für unseren Zweck vollkommen, einige der wichtigsten Vertreter und deren Argumente aufzuführen.

1.2 Die Theorien des unbedingten Gehorsams

Für Anhänger, die sich einer absoluten und theokratischen Staatsform verschrieben haben, ist die Lösung schon vorgegeben. Der unbedingte Gehorsam stellt mehr als nur eine logische Folgerung ¹⁾ dar; er ist eher ein unabdingbares Element.

Beginnen wir mit Jesus Christus, der im Bilde der katholischen und reformatorischen Theologie als reiner Vertreter des absoluten Gehorsams erscheint und in Mat. 26,52 tatsächlich eine gewaltsame Widersetzung

1) J. Brunner, Widersetzlichkeit und Aufreizung zur Widersetzlichkeit, Diss. Basel 1940, S. 12

Petri gegen die Obrigkeit ablehnt. Daraus lässt sich indessen kein grundsätzlicher Verzicht auf Widerstand ableiten, steht dies doch im Widerspruch zur Apostelgeschichte 5.29 Jesus, der wiederholt gegen die damals geltenden Gesetze der Thora Stellung bezog, "verlangt gerade nicht blinde Unterwerfung unter die gegebenen Normen, sondern freie, spontane und kritische Prüfung unter der Generalklausel des Liebesgebotes" 1).

Als echter Vertreter eines absoluten Gehorsams erscheint dagegen P a u l u s , schreibt er doch: Jedermann sei den vorgesetzten Obrigkeiten untertan, denn es gibt keine Obrigkeit, ausser von Gott, die bestehenden aber sind von Gott eingesetzt. Somit widersteht der, welcher sich der Obrigkeit widersetzt, der Anordnung Gottes" 2) 3).

1) Peter Noll, Jesus und das Gesetz, Tübingen 1968, S. 29 f

2) Röm. 13, 1-2

3) Als das Christentum zur Staatsreligion avancierte, änderte sich dies (vgl. Hippel, Ernst: Mechanisches und moralisches Rechtsdenken, Meisenheim am Glan, 1959, S. 166). Nun wurde jede Anordnung, die nicht dem christlichen Dogma entsprach, ordnungswidrig und ein Widerstand dagegen möglich, von christlicher Warte her betrachtet, voll rechtmässig. "Die Untertanen waren nur einer christlichen, nicht aber auch einer ketzerischen Obrigkeit Gehorsam schuldig" (Heyland, Carl: Das Widerstandsrecht des Volkes, Tübingen, 1950, S. 10).

Einer der bedeutensten weltlichen Vertreter des unbedingten Gehorsams ist T h o m a s H o b b e s . In seinen drei berühmten Schriften ¹⁾ stellt er sich gegen die Aufstände, die eine konstitutionelle Monarchie anstreben und verteidigt die Herrschaft der Stuarts. Ein Widerstandsrecht führt seiner Ansicht nach zum Chaos, zum Krieg.

Eines jeden Willkür richtet sich da gegen jeden. Der Mensch wird zum homo homini lupus. Allein eine absolute Herrschaftsgewalt vermag dieses Chaos zu verhindern. Das Volk legt diese Gewalt in die Hände des Fürsten und verzichtet damit gleichzeitig auf Widerstandsrechte. Es dient dem Fürsten in unbedingtem Gehorsam. Selbst dem Tyrannen soll kein Widerstand geleistet werden, denn solches Tun führt zwangsläufig zum Chaos.

Auf dem Festland finden sich weitere Vertreter. S p i n o z a will dem Herrscher die alleinige Entscheidungsgewalt zugestehen. Nur so kann eine Unordnung, wo sich jeder selbst sein Recht verschaffen will, verhindert werden ²⁾. Er ist damit von der gleichen Besorgnis eines Chaos erfüllt wie sie sich bei Hobbes findet.

-
- 1) Elementa philosophica de cive, 1642; de corpore politico sive elemente iuris, 1650; Leviathan sive de republica ecclesiastica atque civili, 1651; Zit. bei J. Brunner, a.a.O. S. 12
 - 2) Tractatus politicus 1677, S. 3; theologico politicus 1670, S. 16 Zit. bei Karl Flesch, Zur Lehre von der Rechtmässigkeit der Amtsausübung bei Widerstand gegen die Staatsgewalt, Diss. Strassburg 1906, S. 12 f

Der Naturrechtler H u g o G r o t i u s erklärt sich ebenfalls gegen ein Widerstandsrecht mit der allerdings bedeutenden Einschränkung, dass da, wo der Herrscher das höchste Gesetz, die Verfassung, verletzt oder seine höchsten Pflichten missachtet, ein aktiver Widerstand erlaubt sei ¹⁾.

B o s s u e t , Bischof von Meaux, sieht den königlichen Thron als Thron Gottes. Ueber dem Herrscher steht nur Gott und nur dieser hat zu richten über des Herrschers Anordnungen. Der Untertan hat dem Herrscher blinden Gehorsam zu leisten; dieser Grundsatz gilt uneingeschränkt ²⁾. Auch P u f e n d o r f anerkennt kein Widerstandsrecht. Seine einzige tolerierte Widerstandsmöglichkeit: der Untertan kann sich bei grösstem Unrecht seitens des Herrschers durch Flucht dessen Gewalt entziehen ³⁾.

I m m a n u e l K a n t stellt sich ebenfalls deutlich gegen ein Widerstandsrecht. Bei ihm tritt allerdings anstelle des Herrschers die Verfassung. So schreibt er: "Der Grund der Pflicht des Volkes, einen selbst für unerträglich ausgegebenen Missbrauch der obersten Gewalt dennoch zu ertragen, liegt darin, dass sein Widerstand wider die höchste Gesetzgebung selbst

1) De iure belli ac pacis I cap. 4, Zit. bei Karl Flesch, a.a.O. S. 18

2) Politique tirée de l'Ecriture sainte, 1709, IV, I 2, Genève Droz 1967, S. 93/94

3) Ius naturae et gentium, Liber II, cap. 8, 3, 56, herausgegeben von C.H. Oldfather, Oxford 1934 und De officio hominis et civis, Lib. II, cap. 9, herausgegeben von The classics of international law, New York 1927, S. 116/117

niemals anders als gesetzwidrig, ja als die ganze gesetzliche Verfassung zernichtend gedacht werden muss. Denn um zu demselben befugt zu sein, müsste ein öffentliches Gesetz vorhanden sein, welches diesen Widerstand erlaubte, es sei, die oberste Gesetzgebung enthielte eine Bestimmung in sich, nicht die oberste zu sein, und das Volk als Untertan in einem und demselben Urteil zum Souverain über den zu machen, dem es untertanig ist, welches sich widerspricht." ¹⁾

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass alle Meinungen der Gegner eines Widerstandsrechtes in derselben Richtung verlaufen: die Furcht vor dem Zusammenbrechen der Ordnung, die Angst vor dem Chaos. Der Widerstand des Einzelnen kann leicht zum Aufruhr, zur Revolution führen; er zerstört die Herrschaft des Souveräns, oder wenigstens lähmt er die Staatsorgane. Diese letzte Befürchtung hegen vorab die jüngeren Vertreter des absoluten Gehorsams. Für sie bedeutet ein Widerstandsrecht die Möglichkeit zur Prüfung von Verfügungen und Erlassen. Der einfache Bürger masst sich Ueberprüfungsrechte an und greift damit in den Gang der Justiz oder der Verwaltung ein. Dies behindert die Staatsorgane erheblich, während es im schlechtesten Falle gar das Ende des ordnungsgemäss funktionierenden Staates überhaupt bedeutet. Sie lehren daher, dass zu Gunsten und zum Wohle der Gesamtheit aller Bürger, die Rechte des Einzelnen beschnitten werden müssen. Verfassung und die gesetzlichen Rechtsmittel verhindern Ungerechtigkeiten

1) Immanuel Kant's Werke, herausgegeben von Ernst Cassirer, Berlin 1922, Bd. 7, "Die Metaphysik der Sitten", S. 127

und geben dem Bürger den ausreichenden nötigen Schutz. Widerstand ist nur im Rahmen der vorgesehenen Rechtsmittel erlaubt.

1.3 Die Theorien des bedingten Gehorsams

Rücken die Gegner eines Widerstandsrechtes das Wohl des Staates, das Ganze, die Gesamtheit der Gemeinschaft in den Mittelpunkt ihrer Betrachtung, so stellen die Vertreter einen bedingten Gehorsamspflicht hauptsächlich die Rechte des Einzelnen ins Zentrum ihres Interesses. Sie verkennen nicht, dass zum einwandfreien Funktionieren des Staates dem Einzelnen gewisse Beschränkungen seiner persönlichen Freiheit aufzuerlegen sind. Diese sind aber in Verfassung und Gesetz genau niedergelegt. Verfügungen, die klar gegen diese Gesetze verstossen, hat der Bürger nicht einfach hinzunehmen. Er darf ¹⁾ solchen Verfügungen Widerstand leisten.

J o h n L o c k e tritt in seiner Schrift ²⁾ den Meinungen Hobbes entgegen. Bei ihm ist das Volk die gesetzgebende Gewalt. Dieses delegiert lediglich den Vollzug der Gesetze an die Obrigkeit. Missachtet diese die Gesetze, oder verfügt sie in Widerspruch zu diesen, so hat das Volk nicht zu gehorchen, es darf Widerstand leisten, der letztlich bis zur Absetzung der Obrigkeit führen kann. Auf dem Festland setzt sich vorallem

1) Nach einzelnen Autoren besteht hier gar eine Pflicht zum Widerstand

2) Two treatises of governement, London, 1690; Zit. bei K. Flesch, a.a.O. S. 18

J e a n J a c q u e s R o u s s e a u in seinem "Contrat social" für ein Widerstandsrecht ein. Desgleichen auch F e u e r b a c h . In seiner Anti-Hobbes-Schrift ¹⁾ kommt er den Ansichten Lockes sehr nahe.

In der Demokratie fällt die Lehre vom Staatsvertrag weg. An deren Stelle tritt nun die Verfassung, die Gesetze. Widersetzung leistet hier der Bürger Beamten oder Behörden, die entgegen den Gesetzen handeln oder verfügen. Während die Vertreter des unbedingten Gehorsams nur den Widerstand im Rahmen der vorgesehenen Rechtsmittel zulassen wollen, geht man hier weiter, und anerkennt in Fällen, in denen die Rechtsmittel keine oder keine rechtzeitige Hilfe gewähren, ein Recht, aktiv Widerstand zu leisten.

1) Anselm Feuerbach, "Anti-Hobbes, oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn", Erfurt, 1798
S. 92/93

§ 2 Die Widersetzung im Strafrecht

Wie schon an früherer Stelle erwähnt, sind die staatsrechtlichen Lehren für das Strafrecht von ausschlaggebender Bedeutung. Im Strafrecht stellt sich nämlich die praktische Frage, ob und unter welchen Bedingungen jemand zu bestrafen ist, der sich einer rechtswidrigen Amtshandlung widersetzt. Hier gilt es nun, die gefundenen staatsrechtlichen Erkenntnisse in die Praxis umzusetzen. Wen erstaunt es, dass sich auch hier eine bunte Vielfalt an Lösungen findet.

2.1 Im römischen Recht

Das r o e m i s c h e R e c h t kennt kein eigenes Widersetzungsdelikt. Es hilft sich mit dem crimen vis und mit der iniuria ¹⁾. Das crimen vis umfasst den gewaltsamen, aktiven Widerstand und entspricht somit ungefähr dem Tatbestand unseres Art. 285 StGB. Es ist nicht zu verwechseln mit der privatrechtlichen Vis, welche viel weiter gefasst ist. Die iniuria ²⁾ bestraft den passiven Widerstand. Sie ist für leichtere Vergehen geschaffen, wie kleinere Tötlichkeiten gegenüber den Beamten. Der Täter hat hier weniger die Absicht die Amtshandlung zu verhindern, sich ihr mit Gewalt

1) Zu dieser Einteilung vgl. von Streit, Gustav; Die Widersetzung gegen die Staatsgewalt, Berlin, 1892, S. 25

2) Sie tritt in unserem Falle auf als personae atrox iniuria; vgl. D. 47.10.7.8

entgegenzustellen, sondern er behindert diese lediglich durch geringfügige Handlungen. Nimmt der Widerstand aufrührerartige Formen an, so kann auch das *crimen laesae maiestatis* zur Anwendung gebracht werden ¹⁾.

Es wird aber nicht schlechthin jeder Widerstand gegen Beamte bestraft. Das römische Recht sieht trotz seiner absolutistischen Staatsform die Möglichkeit vor, sich Magistraten zu widersetzen, die der Form oder dem Inhalte nach widerrechtliche Verfügungen vornehmen wollen ²⁾.

2.2 Im kanonischen Recht

Das K a n o n i s c h e R e c h t zeigt sich recht widersprüchlich. So erhielten sich einerseits die römischen Prinzipien scheinbar ³⁾, während sich andererseits auch entgegengesetzte Stellen, die den leidenden Gehorsam verfechten ⁴⁾ finden.

1) C. 10.30.4.7; C. 12.41.8; C. 12.61.5;

2) D. de vi et de vi armata. 1.7; C. 10.1.5: Sancimus licere universis quorum interest obicere manus his qui ad capienda bona alicuius venerint quae succeberint legibus ut etiam si officiales ausi fuerint a tenore datae legis desistere ipse privatis resistentibus a facienda iniuria acceantur. Ferner Nor. 124. cap. 3;

3) c. 5 X. de R.J.

4) c. 23. Qu. 8; c. 21 Decr. III;

2.3 In germanischer Zeit

Das alte deutsche Recht geht ähnliche Wege wie das römische. So wird im Sachsenspiegel bestimmt: "Die man mut ok wol sime koninge und sime richtere unrechtes widerstan" ¹⁾. Der Widerstehende begeht keinen Treuebruch, selbst wenn er bis zum Aeussersten geht ²⁾. Im Frankenspiegel, dem sog. Kleinen Kaiserrecht findet sich gar: "der keiser ist dem minsten gleich, tut er unrecht der Keiser sal keiser sin, die wile er recht tut" ³⁾. Obwohl das Ganze recht ungefügt erscheint, kann es wohl kaum deutlicher ausgedrückt werden. Dem Herrn, wie hochgestellt er auch sei, kann straflos widerstanden werden, wenn dieser sich nicht nach den Gesetzen richtet. Es ist dies nichts anderes als eine ausdrückliche Anerkennung eines Notwehrrechtes gegenüber rechtswidrigen Angriffen seitens der Obrigkeit.

2.4 Im Mittelalter

Die Constitutio Carolinae Criminalis stellt in Art. 127 den "gefährlichen, fürsetzlichen und boshaftigen Aufruhr des gemeinen Volkes wider die Obrigkeit" unter Strafe,

-
- 1) Sachsenspiegel, III 78 § 2
 - 2) Sachsenspiegel, III 78 § 6: "wundet ok en man sinen herren oder sleit he ine dot an notwere".
 - 3) Kleines Kaiserrecht, II, 117

ohne jedoch diesen Tatbestand genauer gegen den "Thumultus" und den "Hochverrat" abzugrenzen ¹⁾. Dagegen dürfen wir wohl e contrario aus dem Art. 142 CCC schliessen, dass gegen eine widerrechtliche Amtshandlung ein Notwehrrecht gegeben ist.

2.5 Die Neuzeit

Die entscheidende Neuerung bringt die französische Revolution. Sie lässt im Code Pénal vom 6. Oktober 1791 das eigentliche Widerstandsdelikt entstehen. Ganz dem liberalen Geiste verbunden, wird bestimmt, dass nur der Widerstand gegen den Träger der öffentlichen Gewalt bestraft wird, der "l'égalément dans l'ordre de ses fonctions" ²⁾ handelt.

Dieser Tatbestand wird noch durch den Art. 11 der Konstitution vom 24. Mai 1793 präzisiert, der jede Handlung eines Beamten, die sich nicht innerhalb der Gesetze bewegt, als tyrannisch und willkürlich erklärt. Während man in Frankreich grosser bürgerlicher Freiheit huldigt, schreitet man in derselben Zeit in Preussen in entgegengesetzter Richtung. Das Allgemeine Preussische Landrecht von 1794 bestimmt: "Wer sich seiner Obrigkeit in ihrer Amtsführung, oder deren Abgeordneten in Vollzug ihrer Befehle, thätlich widersetzt, der soll, nach

1) CCC von 1532, Art. 129 und 158

2) Part. II. Tit. I. Sect. IV

Beschaffenheit des Widerstandes und der dabey gebrauchten Gewalt, mit Gefängnis-, Zuchthaus- oder Festungsstrafe von Zwey Monathe bis Zwey Jahren belegt werden." ¹⁾ Hier spielt die Rechtmässigkeit der Amtshandlung keine Rolle, verlangt wird der unbedingte Gehorsam. Auffallend ist auch das strenge Strafmass.

Die Ausgangspositionen waren damit gegeben. Die veränderten politischen Verhältnisse brachten die freiheitliche Lösung des Code Pénal vom 1793 allerdings schon nach wenigen Jahren zum Verschwinden ²⁾. Das liberale Gedankengut begann sich aber in der Folge in Dogmatik wie im Gesetz allmählich durchzusetzen, wenn auch in Gestalt eines Mittelweges zwischen den Ausgangspositionen.

2.6 Die Widersetzung in der Dogmatik des 19. Jahrhunderts

2.6.1 Das Problem

Dem Strafrechtler stellen sich zwei Fragen. Als Erstes gilt es zu entscheiden, ob jeglicher Widerstand gegen Amtshandlungen bestraft werden soll, unabhängig davon, ob diese rechtmässig sind, oder ob man nur den Widerstand bestrafen soll, der sich gegen korrekte, rechtmässige Amtshandlungen richtet. Die zweite Frage hängt ganz von der Beantwortung der ersten ab. Sie ist zudem

1) § 166 II 20 ALR

2) vgl. Art. 209 ff des Code Pénal von 1810

nur von Bedeutung, wenn erstere im Sinne einer bedingten Strafbarkeit der Widersetzung gelöst worden ist. Es geht hier um die Charakterisierung des Deliktsmerkmals der Rechtmässigkeit der Amtsausübung. Eine heikle Frage, die bis heute keine einheitliche Lösung gefunden hat; eine Frage, die zu klären neben anderem der Sinn dieser Arbeit ist.

Dem Juristen des 19. Jahrhunderts stellte sich vorab die erste, die Grundsatzfrage. Es galt zwischen unbedingter oder bedingter Strafbarkeit zu entscheiden. Wie schon vorher bei den Staatsrechtlern und Philosophen, ist auch hier die Auswahl der Vertreter auf die wichtigsten und bedeutendsten beschränkt; zudem findet noch eine Beschränkung auf deutsche Dogmatiker statt, da von diesen die stärksten Einflüsse auf unser Recht zu bemerken sind und sie im übrigen das mögliche Meinungsspektrum voll ausfüllen. Da aber auch der französische Code Pénal für einige kantonalen Rechte von grosser Bedeutung war, finden sich auch die namhaftesten französischen Strafrechtler, wenn auch nur in Fussnoten, kurz angeführt.

2.6.2 Die Vertreter der unbedingten Strafbarkeit der Widersetzung

Einer der frühesten Vertreter der unbedingten Strafbarkeit der Widersetzung ist G ö n n e r . Er erklärt in seinen Anmerkungen zum bayerischen Strafgesetzbuch: "... die tätliche Widersetzung werde durch Inkompetenz der anordnenden Obrigkeit oder durch Widerrechtlichkeit ihrer Anordnungen nicht entschuldigt, weil hierüber kein

Privater sich eine Kognition zueignen dürfe, vielmehr dafür mehrere Behörden im richtigen Instanzenverhältnisse sowohl für Justizsachen als andere Gegenstände angeordnet seien, bei welchen man gegen Beschwerden auf ordentlichem Wege Hilfe finde." ¹⁾ Die Möglichkeit also, gegen unrechtmässige Anordnungen Beschwerde bei den übergeordneten Instanzen einzureichen, hält Gönner für ausreichenden Schutz für den Bürger. Eine weitere Garantie sieht er darin, dass unrechtmässig handelnde Beamte dem Bürger gegenüber zu Schadenersatz verpflichtet werden können ²⁾. Sieht man davon ab, dass man gewisse schädigende Eingriffe in die Rechtsgüter des Bürgers nicht mit Geld abfinden kann und andere sich nur äusserst schwer in Zahlen berechnen und beweisen lassen, dass in vielen Fällen Beschwerden und Rekurse zu spät kommen, um drohende Ungerechtigkeiten abzuhalten, oder dass diese hinterher oft bedeutungslos sind, erstaunt es umsomehr, dass Gönner, der vom Staatsbürger ein korrektes Vorgehen innerhalb der Gesetze und den nur zum Teil befriedigenden Rechtsmitteln verlangt, den willkürlichen Akten von Behörden und Beamten jeden Schutz vor Widersetzung angedeihen lassen will. Denn nicht nur der materiell rechtswidrige Akt ist geschützt, nein, seiner Ansicht nach jede Anordnung von einer noch so unzuständigen Instanz verdient, dass der Bürger ihr ohne Gegenwehr nachkommt.

-
- 1) Gönner: Anmerkungen zum bayerischen Strafgesetzbuch von 1813, III, S. 52
 - 2) Gönner: Handbuch des Prozessrechtes, 2. Aufl. Bd.3, S. 376 ff und Bd. 4, S. 325 ff

Ein weiterer Vertreter der unbedingten Strafbarkeit der Widersetzung ist L u d e n. Er geht vom damals noch wenig entwickelten Notwehrrecht aus. So nimmt er zwar zutreffend an, dass die Notwehr sich gegen einen Angriff auf die eigenen Rechtsgüter richte, wobei dies das einzige Mittel zur Abwehr sein müsse, kommt dann aber ohne Begründung zum Schluss, dass ein staatlicher Eingriff in die Rechtsgüter, begründet oder nicht, niemals einen Angriff im verlangten Sinne darstelle, eine Notwehr des Bürgers gegenüber unrechtmässigen Staatsakten somit nicht existiere ¹⁾.

Der bedeutendste Vertreter der unbedingten Strafbarkeit ist jedoch v o n J a g e m a n n. In seinem Aufsatz ²⁾ zeigt sich das rein politische Denken wohl am deutlichsten. Er sieht in einer bedingten Strafbarkeit die Möglichkeit des Bürgers, Staatsakte zu kontrollieren. Können Bürger aber niedere Anordnungen überprüfen, so müsste die Mehrheit des Volkes logischerweise auch die Möglichkeit haben, sich Anordnungen der höchsten Staatsgewalt zu widersetzen. "Der Weg zu einer legalen Revolution wäre angebahnt." ³⁾ Das aber ist unnatürlich und der Staatsordnung zuwider. Er kommt daher zur Ueberzeugung, dass ein Notwehrrecht gegenüber Beamten nicht gegeben sein könne. Selbst in schwersten Fällen, so wenn etwa Beamte sich in Rohheiten gegenüber dem Bürger ergehen, oder diesem nicht wieder gutzumachende Schäden entstehen, gibt es kein Recht zur Widersetzung. In der

1) Luden: Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrecht, Bd. II, Göttingen, 1840, S. 494

2) von Jagemann: Archiv des Kriminalrechts, 1842, S. 593 ff

3) von Jagemann: a.a.O., S. 601

Folge schreibt von Jagemann: "Es wird mithin als eine politische Notwendigkeit anzusehen sein, dass der Untertan nimmermehr für berechtigt erklärt werde, einer Anforderung öffentlicher Diener den Gehorsam zu verweigern; er soll vielmehr jedesmal und ohne Verzug gehorchen, mit Vorbehalt seiner etwaigen Einsprachen und Beschwerden vor dem Richter."

Was von diesen Argumenten zu halten ist, zeigt sich allein schon darin, dass die Vertreter in der Praxis selbst Einschränkungen zu ihren Theorien machen und Ausnahmen dazu vorsehen. Einschränkungen und Ausnahmen lassen allerdings die Zweifel am Grundsatz aufkommen. So wirft Gönner in den Anmerkungen zum bayerischen Strafgesetzbuch seine eigenen Ideen grösstenteils über den Haufen, wenn er erklärt, dass widerrechtlichen Befehlen und Akten inkompetenter Behörden der Gehorsam verweigert werden könne, wobei die Widersetzung allerdings keine "thätliche" sein darf ¹⁾. Luden will bei verbrecherischem Charakter der Amtshandlung dem Bürger ein Notwehrrecht zugestehen ²⁾. Desgleichen anerkennt von Jagemann, wenn auch nur in Fussnoten, bei offenbaren Exzessen seitens der Beamten ein Widerstandsrecht ³⁾.

1) Gönner: Anmerkungen zum bayerischen Strafgesetzbuch von 1813, Bd. III, S. 52

2) Luden: a.a.O. S. 494

3) von Jagemann: a.a.O. S. 599 Anm. 18 und S. 602, Anm. 24

2.6.3 Die Vertreter der bedingten Strafbarkeit der Widersetzung

Betrachtet man die Argumente von Gönner, Luden und von Jagemann, so erstaunt es nicht, dass der grössere Teil der deutschen Dogmatiker sich zu einer bedingten Strafbarkeit des Widersetzungsdeliktes bekennt. Im liberaleren Frankreich findet sich gar eine geschlossene Front der Strafrechtslehrer, die sich in engerem oder weiterem Rahmen für ein Widerstandsrecht aussprechen¹⁾. Trotzdem stellt sich die Gerichtspraxis gegen diese Lehren, indem die Cour de Cassation, Frankreichs höchstes Gericht, auf eine unbedingte Strafbarkeit der Widersetzung erkennt und einen Widerstand nur in den Schranken der Rechtsmittel zulässt²⁾.

Wie in Frankreich finden sich auch bei Deutschlands Dogmatikern verschiedene Grundlagen für einen straflosen Widerstand, und auch hier werden die Grenzen je nach Vertreter anders gezogen. Einig ist man sich jedoch mit Z a c h a r i a e, dass es sich bei den gegnerischen Argumenten vorab um unbewiesene Behauptungen handelt. So schreibt dieser in seinem Aufsatz, in dem er Stellung

-
- 1) Carnot: Commentaire sur le Code Pénal, Paris, 1836, Bd. I, Art. 209
Hélié, Faustin: Théorie du Code Pénal, Paris, 1862, Bd. III, S. 96 ff
Rauter: Traité théorique et pratique du droit criminel français, Paris 1836, Bd. I, S. 519/520
Le Sellyer: Traité du droit criminel, Paris, 1844, Bd. I, S. 300 ff
- 2) Entscheidungen vom 14.4.1820 und vom 5.1.1821, mitgeteilt von Bourguignon in Jurisprudence des Codes Criminels, Paris, 1825, Bd. 2, S. 206/8

zu von Jagemanns Ansichten nimmt: "Diejenigen, welche eine unbedingte Strafbarkeit des Widerstandes behaupten, wissen dafür in der Tat keinen einzigen Rechtsgrund anzuführen, sondern liefern bloss ein politisches Raisonnement, in dem sie geltend machen, dass dabei die Staatsordnung nicht bestehen könne, und die Wirksamkeit der öffentlichen Behörden neutralisiert werde." ¹⁾ Nirgends aber finden sich Beweise für diese Behauptungen und Zachariae sieht mit Recht, dass der Autorität der Gesetze und der öffentlichen Macht mit einem Festhalten am unbedingten Gehorsam, der selbst bei den ungerechtesten Akten der Behörden kein Notwehrrecht zulässt, kein guter Dienst geleistet wird, er fährt in seinem Aufsatz fort: "Es ist in der menschlichen Natur begründet, dass sich das sittliche Gefühl gegen jede ungerechte Aufforderung empört und derjenige, welcher darunter leidet, wird als ein Opfer der Gewalt und nicht des Gesetzes betrachtet, wenn das allgemeine Urteil den Spruch fällen muss, dass man ihn wie einen Rechtlosen behandelt habe" ²⁾. Dies ist zweifellos eine bemerkenswerte Ansicht, die ihre Gültigkeit nicht verliert.

Die deutschen Vertreter lassen sich nach den Grundlagen, die sie für einen straflosen Widerstand fordern, in zwei Gruppen aufteilen. So verlangen Zachariae ³⁾ und Arnold ⁴⁾ eine "besondere Gefahr für Leib und Leben"

1) Zachariae: Archiv des Kriminalrechts, 1843, S. 371

2) Zachariae: a.a.O. S. 372

3) Zachariae: Archiv des Kriminalrechts, 1843, S. 375

4) Arnold: Archiv des Kriminalrechts, 1843, S. 399

oder den drohenden Eintritt eines "unersätzlichen Nachteils", ausserdem fordert Zachariae, dass die Amtshandlung "nicht bloss objektiv, sondern auch subjektiv Widerrechtlich" sein soll. Er unterscheidet sich damit von Luden, Gönner und v. Jagemann eigentlich nur im Grundsatz.

Die andere Gruppe geht vom allgemeinen Notwehrrecht aus. Sie sieht keinen Grund, dieses einzuschränken, lediglich weil in casu der Staat als Angreifer auf die Rechtsgüter des Bürgers auftritt ¹⁾. Diese zwei Gruppen setzten sich in der Folge dann auch durch.

2.7 Die Widersetzung in der Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts

2.7.1 In den deutschen Bundesstrafgesetzen

Die verschiedenen Meinungen der Dogmatiker finden sich in den Landesstrafgesetzen Deutschlands wieder. Es zeigt sich deutlich, dass das Delikt der Widersetzung nicht nur in der hier interessierenden Frage der Voraussetzungen eines strafbaren Widerstandes recht unterschiedlich gefasst wird, sondern auch in anderen Belangen: Der geschützte Beamtenkreis wird verschieden weit gezogen,

- 1) Berner: Archiv des Kriminalrechts, 1848, S. 558
Köstlin: Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts, 1845, S. 722 ff
Levita: Das Recht der Notwehr, 1856, S. 192 ff
Mittenmaier: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts von Dr. Anselm, Ritter v. Feuerbach, 1847, S. 253
Seeger: Abhandlungen aus dem Strafrecht, 1858, S. 307 ff

auch ist man sich nicht einig in Bezug auf die zu verurteilende Handlung. So bestrafen einige Gesetze mit dem Widersetzungsdelikt auch schon den blossen Ungehorsam, während andere sich lediglich mit der Strafbarkeit eines aktiven Widerstandes begnügen und die passive Widersetzung straflos lassen. Einen guten Ueberblick über die Verschiedenheit der Tatbestände bei den deutschen Landesgesetzen findet sich bei von Streit ¹⁾.

Bei unserer Frage, d.h. bei der Gestaltung der Voraussetzungen einer strafbaren Widersetzung lassen sich grundsätzlich vier Gruppen bilden:

1. Ein Widerstand ist nur strafbar, wenn er sich gegen eine Amtshandlung innerhalb der Zuständigkeit oder des Wirkungskreises des Beamten, oder gegen eine rechtmässige Amtshandlung richtet ²⁾.
2. Der Widerstand wird vom Gesichtspunkt der Notwehrgrundsätze her beurteilt, welche aber voneinander abweichen können. Hier sind oft auch nur Strafmilderungen vorgesehen ³⁾.

1) von Streit, G.: Die Widersetzung gegen die Staatsgewalt, Berlin, 1892, S. 29 ff

2) Badisches Gesetz vom 28.12.1831, Art. 1
Sächsisches StGB von 1838, Art. 102
Altenburgisches StGB von 1841, Art. 105
Braunschweigisches Kriminalgesetzbuch von 1840,
§ 107 Ziff. 2

3) Hannoversches Kriminalgesetzbuch von 1840
Württembergisches Strafgesetzbuch von 1839, Art. 174

Das Thüringische Strafgesetzbuch von 1850 nimmt bei formeller Rechtswidrigkeit der Amtshandlung Straffreiheit an.

3. Die Gesetze schweigen über die Amtshandlung und anerkennen damit eine absolute Strafbarkeit jeglicher Widersetzung ¹⁾.
4. Die Gesetze schweigen über die Amtshandlung, anerkennen aber, trotz des Schweigens, die allgemeinen Grundsätze der Notwehr ²⁾.

2.7.2 In den schweizerischen kantonalen Strafgesetzen

Eine ähnliche Vielfalt findet sich in den kantonalen Strafgesetzbüchern unserer Kantone, wobei sich in einzelnen Kantonen oft eine Entwicklung der Gesetze von der einen Gruppe zur andern feststellen lässt. Dies sei am Beispiel Basels demonstriert. Dort finden sich im ersten Strafgesetz, dem Kriminalgesetzbuch von 1821, ³⁾ noch keine genauen Hinweise für die Voraussetzungen, die an die Amtshandlungen zu stellen sind, damit eine Widersetzung rechtswidrig ist. Es wird lediglich verlangt, dass sich der Beamte in Ausübung seines Amtes oder Auftrages befinde, eine Formulierung

-
- 1) Bayerisches StGB von 1813, Art. 315, 317 sowie das StGB von 1861
Oldenburgisches StGB von 1814
Preussisches StGB von 1851, § 89
 - 2) Sächsisches Strafgesetzbuch von 1855, § 142
Oesterreichisches Strafgesetzbuch von 1832
 - 3) Kriminalgesetzbuch für den Kanton Basel von 1821, § 50 ff

die von Anfang an eine Auslegung verlangt. In den Strafgesetzbüchern von 1872 und 1873 wird verlangt, ¹⁾ dass der Widerstand gegen die Amtshandlung ein rechtswidriger zu sein habe. Ob das eine Präzisierung oder Weiterentwicklung darstellt, ist fraglich, denn ob wir einfach von einem rechtswidrigen Widerstand auf eine rechtmässige Amtshandlung schliessen dürfen, ob die Begriffe dasselbe bedeuten, ist nicht leicht zu beantworten und erst abzuklären. Ganz vage und weit ist die Widersetzung im Bund gefasst ²⁾.

2.7.3 Zusammenfassung

Der historische Ueberblick erhellt, dass ein Widerstand gegen unrechtmässige Amtshandlungen, sei es in Form der Notwehr, sei es in einer speziell gefassten Form, zwar mehr oder weniger anerkannt wird, dass aber die Voraussetzungen zur Strafbarkeit selten eindeutig geregelt sind

1) § 51

2) BG über das Bundesstrafrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 4. Februar 1853, Art. 47: "Wer Gewalt anwendet, um die Vollziehung der Bundesgesetze, die Vornahme von Wahlen, Abstimmungen oder andere Verhandlungen, welche durch die Bundesgesetze vorgeschrieben sind, oder die Ausführung der amtlichen Befehle oder Anordnungen einer Bundesbehörde zu verhindern, oder um eine Bundesbehörde oder einen Bundesbeamten zu einer amtlichen Verfügung zu zwingen oder von der Erlassung einer solchen Verfügung abzuhalten, soll mit Gefängnis und Geldbusse bestraft werden."

und daher Zweifelsfälle häufig auftreten, dass es also für den Bürger immer ein recht gefährliches Unterfangen ist, sich unrechtmässigen Amtshandlungen zu widersetzen. Es zeigt sich ferner, dass sowohl bei der Fassung des Tatbestandes, wie bei der Auslegung einer unklaren Regel, weniger juristische Argumente als politische Ueberlegungen die Hauptrolle spielen.

2. Teil: Die objektiven Voraussetzungen der geschützten Amtshandlung

§ 3 Die Rechtmässigkeit der Amtshandlung

3.1 Das Problem

Im deutschen Widersetzungstatbestand wird nur die r e c h t m ä s s i g e Amtshandlung geschützt ¹⁾. Mit dem Begriff der Rechtmässigkeit sind die Voraussetzungen für einen straflosen Widerstand genau definiert. In den schweizerischen Widersetzungstatbeständen, den Art. 285/86 StGB, fehlt diese Deutlichkeit. Hier wird von der zu schützenden Amtshandlung verlangt, dass sie i n n e r h a l b d e r A m t s - b e f u n g n i s s e d e r B e h ö r d e n u n d B e a m t e n liegt ²⁾. Was aber ist unter dieser Formulierung zu verstehen ?

Hegnauer schreibt dazu: "Ausserhalb der Amtsbefugnisse liegen Handlungen, die an bestimmten rechtlichen Mängeln leiden. Welches diese sind, ist in der Rechtsprechung umstritten." ³⁾ Der schweizerische Gesetzestext bedarf somit der Auslegung.

1) vgl. § 113 des deutschen StGB

2) Diese Formulierung kommt denjenigen der alten Landesgesetzen von Sachsen 1838 und Altenburg 1841 nahe; vgl. S. 21

3) Hegnauer, Cyril: Zur Strafbarkeit der Widersetzlichkeit gegen Amtshandlungen, SJZ, 52 (1956) S. 101

3.2 Der Zusammenhang der Art. 285/86 mit den Art. 32/33 StGB

Die Rechte der Bürger gegenüber dem Staat sind geschützt. So wird die Freiheit der Person, das Hausrecht, das Eigentum etc. durch die Verfassung garantiert ¹⁾. Ein Eingriff in diese Rechte darf aus diesem Grunde nur ausnahmsweise und unter genau definierten Voraussetzungen erfolgen.

Amtshandlungen im Sinne der Art. 285/86 StGB stellen nun in der Regel genau solche Eingriffe dar. Sie bedürfen somit der Rechtfertigung. Diese Rechtfertigung findet sich in Art. 32 StGB. Damit wird der enge Zusammenhang der Widersetzungstatbestände und des Notwehrrechtes deutlich.

Ein Widerstand, der sich gegen einen Beamten, der ausserhalb seiner Amtsbefugnisse tätig wird, richtet, ist daher aus zweierlei Gründen nicht strafbar. Zum ersten ist er nicht tatbestandsmässig, zum zweiten fehlt es an der Rechtswidrigkeit des Widerstandes, denn ein Beamter, der nicht "innerhalb seiner Amtsbefugnisse" tätig wird, verdient den Schutz gemäss Art. 32 StGB nicht mehr. Der Beamte begeht einen Angriff auf geschützte Rechtsgüter ohne Rechtfertigung. Die Abwehr solcher Angriffe wird in Art. 33 StGB geschützt.

1) Ein Beispiel anstelle vieler: Zürcher Kantonalverfassung Art. 4, 7 und 8

Es bleibt aber noch die Frage, ob jegliche Handlung von Beamten oder Behörden, die nicht innerhalb ihrer Befugnisse liegt, einen rechtswidrigen Angriff im Sinne von Art. 33 StGB darstellt. Mit anderen Worten, es bleibt zu prüfen, ob sich die Voraussetzungen des straflosen Widerstandes bei den Widersetzungstatbeständen und diejenigen des allgemeinen Notwehrrechtes entsprechen, oder ob dieses durch die Art. 285/86 StGB allenfalls eingeschränkt wird.

Einen Unterschied zwischen den Voraussetzungen für das Widerstandsrecht und die Notwehr findet man noch in allen älteren deutschen Monographien ¹⁾. Dies rührt daher, dass man zu jener Zeit das Notwehrrecht anders definierte als heute. Insbesondere glaubte man damals, dass auch ein Verschulden des Angreifers vorliegen müsse. Man fasste deshalb das Widerstandsrecht als weitgehend auf, da dieses schon bei einem objektiv rechtswidrigen Angriff zulässig war. Beim heutigen Begriff der Notwehr fällt dieser Unterschied dahin. Der Grundsatz, dass Widersetzung gegen eine Amtshandlung nicht strafbar ist, wenn der Widerstand die Voraussetzungen der Notwehr erfüllt, erstmals aufgestellt

1) vgl. Guggenheimer: Der Irrtum des Täters in Bezug auf die Rechtmässigkeit der Amtsausübung beim Vergehen des Widerstandes gegen die Staatsgewalt, Diss. München 1883, S. 16

Hitler Karl:

Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung im Begriffe des Vergehens der Widersetzlichkeit, Habilitationsschrift, Würzburg 1873, S. 63

bei M.E. Mayer,¹⁾ ist heute in Deutschland allgemein anerkannt.

Er gilt aber auch in der Schweiz. Eine Einschränkung der allgemeinen Grundsätze der Art. 32/33 StGB durch die Widersetzungstatbestände liegt nicht vor. Weder Wortlaut noch Aufbau der Art. 285/86 StGB geben irgendeinen Anhaltspunkt für eine solche Annahme. Es findet sich zudem auch in den Gesetzesmaterialien nichts, das einer solchen Auffassung entspräche. Bedenkt man zudem, dass eine solche Einschränkung doch allgemeine Grundsätze von fundamentaler Bedeutung ausser Kraft setzen würde, täte man dies sicherlich nur im genau definierten Rahmen. Da es aber nicht nur an einer ausdrücklichen Bestimmung mangelt, sondern eine solche überhaupt fehlt, darf mit Sicherheit geschlossen werden, dass an eine Einschränkung der Notwehrgrundsätze vom Gesetzgeber nie gedacht worden ist.

Aus dem Zusammenhang der Art. 32/33 StGB und den Art. 285/86 StGB geht damit hervor, dass der Richter bei der Prüfung, ob eine Widersetzung im Sinne von Art. 285/86 StGB vorliegt, auch zu prüfen hat, ob die Amtshandlung, gegen die Widerstand geleistet wurde, nicht ihrerseits gegen die Art. 32/33 StGB verstiess. Der Richter hat mithin generell einmal zu prüfen, ob der handelnde Beamte zuständig war, die erforderlichen

1) Mayer M.E.: Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Bes. Teil, Bd. I, Berlin 1906, S. 443

Form- und Verfahrensvorschriften eingehalten wurden und schliesslich, ob die Amtshandlung nicht gegen eine Verbotsnorm versties. Eine weitere Prüfung hat dann allerdings noch zu klären, wie weit ein allfälliger Mangel der Amtshandlung deren Rechtmässigkeit beeinträchtigt bzw. den Widerstand dagegen rechtfertigt.¹⁾

3.3 Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung

In der Schweiz gilt der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung. Dieser Grundsatz hat ebenso für die Jurisdiktion ihre Geltung²⁾. Die Gerichte haben daher die Gesetzmässigkeit einer Verfügung vorfrageweise zu überprüfen und müssen einer solchen, sollte sie der gesetzlichen Grundlage entbehren, den strafrechtlichen Schutz versagen. Zu recht meinte schon Bluntschli: "Wenn aber die Bestrafung von Polizeiübertretungen den Gerichten zugewiesen ist, dann ist es natürlich auch Sache der Gerichte, die Rechtmässigkeit (Gesetzmässigkeit) von Polizeiverordnungen oder Polizeibefehlen zu prüfen."³⁾ Was hier zum Tatbestand des Art. 292 gesagt wird, gilt auch für die Widersetzungstatbestände der Art. 285/86 StGB.

1) Roos, Gottfried: Die Ungehorsamsstrafe des Art. 292 StGB, ZBJV 79, S. 496/7 und

2) Nef, Hans: Sinn und Schutz verfassungsmässiger Gesetzgebung und rechtmässiger Verwaltung, ZSR 1950 137 a

3) Bluntschli, Johann, Caspar: Allgemeines Staatsrecht, 6. Aufl. Stuttgart 1885, S. 366 Anm. 5

Der Richter darf auch keine Ungehorsamsstrafe ausfällen, wenn die durch die Verfügung geforderte Handlung ihrerseits gegen ein strafrechtlich geschütztes Verbot verstösst ¹⁾ ²⁾. Um dies zu verhindern, ist es unumgänglich, dass neben der formellen auch die materielle Rechtmässigkeit überprüft wird. Dies gilt natürlich ebenso bei den Art. 285/86 StGB; man denke etwa an einen Arzt oder Rechtsanwalt, der sich widersetzt, Akten von Patienten oder Klienten herauszugeben. Gerade hier wird wiederum der Zusammenhang zwischen den Art. 285/86 StGB und Art. 292 StGB mit den Art. 32/33 StGB deutlich ³⁾.

3.4 Der nichtige Staatsakt

Des weiteren darf der Richter auch keine nichtige Verfügung mit den Widersetzungstatbeständen schützen. Um aber festzustellen, ob eine nichtige Verfügung vorliegt, muss er die Rechtmässigkeit eines Staatsaktes prüfen können, denn ein krasser Fehler, beispielsweise die Verletzung von Formvorschriften oder inhaltliche Unrichtigkeit, kann schliesslich unter bestimmten Umständen zur Nichtigkeit führen.

Das Bundesgericht hat des weiteren stets angenommen, dass der Richter die Gesetzmässigkeit von Verordnungen überprüfen darf ⁴⁾. Unbegreiflich muss es daher sein,

1) vgl. Noll, Peter: Die neueren eidgenössischen Nebengesetze unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten, ZStR S. 367

2) vgl. BGE 37 I 34, 74 I 165

3) vgl. dazu S. 28 ff

4) BGE 84 IV 75 E. II/1, 85 IV 71, 92 IV 109/10, 96 IV 33 E. 3

die Prüfungsbefugnis des Richters bei einer Verfügung einzuschränken, die doch dem Range nach untergeordnet ist. Dies führt zu einem stossenden Widerspruch, der von Noll schon 1957 aufgezeigt und fünfzehn Jahre später vom Bundesgericht aufgehoben worden ist ¹⁾.

Es wäre wirklich unverständlich, "wenn die Gesetzwidrigkeit einer Verordnung der Regierung oder eines Departementes Strafflosigkeit desjenigen zur Folge hätte, der sie übertreten hat, während der gleiche Mangel der Einzelverfügung einer untergeordneten Amtsstelle oder des Befehls eines Polizeibeamten diese Wirkung nicht hätte" ²⁾.

Aus dem Zusammenhang der Widersetzungstatbestände mit den Art. 32/33 StGB, dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung sowie den Regeln über die Nichtigkeit geht daher als unbedingtes allgemeines rechtsstaatliches Gebot hervor, dass der Strafrichter beim Vorliegen eines strafbaren Ungehorsams oder einer Widersetzung prüft, ob die nichtbefolgte Verfügung bzw. die Amtshandlung, gegen die Widerstand geleistet wurde, das Gesetz nicht missachtet hat, und ob in formeller und materieller Hinsicht kein krasser Fehler vorlag ²⁾. Diesem Grundsatz, dem heute auch das Bundesgericht folgt, wurde schon früher von den meisten früheren kantonalen Gerichten nachgelebt ³⁾.

1) Noll, a.a.O. S. 367

2) Roos, a.a.O. S. 498

3) Imboden, Max: Strafergerichtliche Verwaltungskontrolle, ZStR 75, S. 146 Anm. 31 und dort zit. Literatur.

3.5 Das akzessorische richterliche Prüfungsrecht

Dieses vorfrageweise ausgeübte richterliche Prüfungsrecht wird aus praktischen Erwägungen heute allgemein anerkannt ¹⁾. Kein Bürger soll bestraft werden, weil er sich einer unrechtmässigen Amtshandlung widersetzt. Der Richter soll daher vorfrageweise prüfen, ob der Staatsakt nicht allenfalls nichtig war. Dieses Prüfungsrecht stellt einen wichtigen Schutz vor dem Missbrauch der Widersetzungstatbestände durch die Verwaltung dar ²⁾.

Mit diesem Prüfungsrecht wird der Grundsatz von der Trennung der Gewalt durchbrochen, denn der Richter greift damit in die Tätigkeit der Verwaltung ein. Das hat wohl dazu geführt, dass die Rechtsprechung sich lange Zeit gegen ein Recht des Strafrichters ausgesprochen hat, bei einer Beurteilung von Widersetzung gemäss Art. 285/86 StGB eine Amtshandlung auf ihre materielle Rechtmässigkeit hin zu untersuchen, und dieselben Ueberlegungen haben wohl auch bei der Ueberprüfungsbefugnis einer Verwaltungsverfügung, aufgrund derer eine Strafe aus Art. 292 ausgesprochen werden sollte, mitgespielt.

Es ist aber noch zu beachten, dass die drei Gewalten wohl jede in ihrem Bereich autonom sind, dass es aber neben ihren eigentlichen Tätigkeiten zusätzlich noch

1) vgl. Oswald, Wilhelm: Die Gewaltentrennung im Schweizerischen Staatsrecht, ZSR Bd. 62 (1943) S. 442 a, 469 a

2) Loepfe, Rolf: Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen, Diss. Zürich 1947, S. 72

gilt, "sich gegenseitig zu überwachen, zu hemmen und in sinnvoller Gestaltung eines Gewaltgleichgewichtes eine die bürgerliche Freiheit bedrohende Zusammenballung der Staatsgewalt zu verhindern" ¹⁾. Auch könnte die Einheit des Staatswillens bei mehreren vollständig unabhängigen Gewalten nicht mehr gewährleistet werden ²⁾.

Im weiteren ist zu berücksichtigen, dass ohne dieses Prüfungsrecht der Strafrichter gezwungen wäre "Rechtsverletzungen anderer Behörden zu sanktionieren" ³⁾. Der Strafrichter prüft daher die Rechtmässigkeit einer Amtshandlung vorfrageweise. Sein Urteil ergeht dabei nur in der Frage, ob der sich Widersetzende normmässig zu verurteilen sei. Sein Entscheid hebt daher die allfällig beanstandete Amtshandlung bzw. Verfügung keineswegs formell auf. Die Vorfrageentscheidung, lediglich ein Mittel für die Urteilsfindung, ist nicht definitiv und nimmt daher auch nicht an der Rechtskraft teil ⁴⁾.

Faktisch setzt sie aber den als gesetzeswidrig erkannten Staatsakt ausser Kraft. Kann doch dieser ohne den strafbedingten Schutz gegen den Willen des betroffenen Bürgers nicht mehr vollzogen werden.

1) Ruck, Erwin: Schweizerisches Staatsrecht, 2. Aufl. Zürich, S. 117

2) Ruck, Erwin: Schweizerisches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. Zürich, 1951, Bd. 1 S. 11

3) Roth, Johannes: Zur Frage des akzessorischen Prüfungsrechtes des ordentlichen Richters, insbesondere des Strafrichters, gegenüber Verwaltungsverfügungen, SJZ Bd. 48 (1957) S. 34

4) Oswald, a.a.O. S. 469 a

Verwaltung und Rechtsprechung haben daher bei der Auslegung von Gesetzen aufeinander Rücksicht zu nehmen. "Beide Behörden müssen sich von der Ueberlegung leiten lassen, dass sie ja dasselbe Ziel verfolgen und dem Grundsatz nach die e i n e Rechtsordnung nicht verschieden angewendet werden darf." 1)

1) Roos, Gottfried: Die Ungehorsamsstrafe des Art. 292
StGB, ZBJV 79, S. 498
Burckhardt, W. : Methode und System des Rechts, Zürich
1936, S. 144

§ 4 Die formelle Rechtmässigkeit

4.1 Die Zuständigkeit

4.1.1 Der Begriff

Theorie und Praxis waren sich in Bezug auf den Begriff der Zuständigkeit nicht immer einig. So wurde die Zuständigkeit in einem weiteren Sinne "als Inbegriff aller Vorschriften bezeichnet, denen eine faktische Aussage genügen muss, um einen verbindlichen Rechtsbefehl zu bewirken" ¹⁾. Lüchinger vermennt Begriffsmerkmale der materiellen Rechtmässigkeit mit der Zuständigkeit ²⁾. Er folgt damit der Idee des Strafrechtlers Frank, den Zuständigkeitsbegriff in eine abstrakte und eine konkrete Zuständigkeit zu zerlegen, wobei unter der konkreten Zuständigkeit das Vorhandensein der Voraussetzungen, von denen die rechtliche Zulässigkeit der Amtshandlung abhängt, verstanden wird ³⁾. Folgt man dieser Begriffsbildung, so führt das praktisch dahin, jede Rechtswidrigkeit als Unzuständigkeit zu verstehen. Damit wird jedoch die Zuständigkeit zu einem schwammigen Gebilde, mit dem sich kaum arbeiten lässt.

-
- 1) Imboden, Max: Der nichtige Staatsakt, Zürich 1944, S. 102;
Burckhardt, Walther: Methode und System des Rechts, Zürich 1936, S. 96 und 100
 - 2) Lüchinger, Martin: Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen, Diss. Brugg 1924, S. 39, 47, 50
 - 3) Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl. Tübingen 1931, § 113 III

Um die Zuständigkeit von anderen Rechtsmängeln, wie Verfahrensmängeln, Formfehlern usw. abzugrenzen, muss man zu einer anderen Definition gelangen, denn nur dann kann dem Begriff der Zuständigkeit praktische Bedeutung zukommen. Was hat man somit unter Zuständigkeit zu verstehen? Imboden gibt die Antwort. "Unter dem Begriff der Zuständigkeit versteht sich die Fähigkeit einer Behörde, sich im Gegensatz zu einer anderen Behörde mit einer Sache zu befassen." ¹⁾ Gemäss dieser klaren Definition, die sich im schweizerischen Recht auch durchgesetzt hat, besteht der Sinn des Zuständigkeitsbegriffes darin, die mannigfaltigen Aufgaben in einem Staate den verschiedenen Behörden und Instanzen genau zuzuweisen und damit allfällige Konflikte zwischen Amtsstellen zu vermeiden. Es ist ferner wichtig, die Frage der Zuständigkeit nicht nur auf den einzelnen, handelnden Beamten zu beziehen, sondern auch auf die Behörde, die den fraglichen Akt erlassen hat ²⁾.

Andernfalls treten z.B. Missachtung von Ausstandsvorschriften und andere Verfahrensmängel als Fehler in der Zuständigkeit auf. Eine deutliche Abgrenzung wäre dann wiederum kaum durchführbar. Vom Gedanken ausgehend, dass sich die Inkompetenz als eine Verletzung der Vorschriften über die Aufteilung von Staatsaufgaben

1) Imboden, Max: Der nichtige Staatsakt, Zürich 1944, S. 102 und Zitate in FN 4

2) Ders. a.a.O. S. 103

versteht, fallen auch verfassungs- und gesetzwidrige Delegationen sowie das Handeln eines einzigen (wo ein gemeinsames Vorgehen vorgeschrieben ist) oder ungenügend besetzten Staatsorganes unter diesen Begriff. Damit ist die Zuständigkeit genau definiert und gegenüber anderen Rechtsmängeln abgegrenzt. Man unterscheidet zwischen der sachlichen (bzw. der funktionellen) und der örtlichen Zuständigkeit.

4.1.2 Die sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Unzuständigkeit führt nicht nur im Falle der Widersetzung zu einer unrechtmässigen Amtshandlung, der der Schutz des Strafrechtes versagt bleibt, sie gehört ganz allgemein nach Theorie und Praxis des Verwaltungsrechtes zu den klassischen Fällen eines nichtigen Verwaltungsaktes ¹⁾. Die Inkompetenz bedeutet hier ja meist einen Uebergriff in ein anderes Verwaltungsgebiet, was den von einem solchen Akt Betroffenen besonders stören wird. In Fällen, wo eine untergeordnete Behörde anstelle der vom Gesetz vorgesehenen, übergeordneten Instanz handelt, liegt ebenfalls eine sachliche Unzuständigkeit vor, denn der subalternen Instanz fehlt es gerade in der betreffenden Sache an der Zuständigkeit ²⁾.

1) Imboden, Max: Der nichtige Staatsakt, a.a.O. S. 107; BGE 91 I 381/2; SORB 1962 Nr. 1, S. 9;

2) Imboden a.a.O. S. 118

Aus der Formulierung der Tatbestände in Art. 285/6 ergibt sich, dass der Richter in jedem einzelnen Falle zu prüfen hat, ob die Zuständigkeitsvorschriften für die zu beurteilende Amtshandlung vorlagen ¹⁾.

4.1.3 Die örtliche Zuständigkeit

Das Fehlen der örtlichen Zuständigkeit führt im Gegensatz zur sachlichen Inkompetenz in der Regel nicht zur Annahme eines nichtigen Verwaltungsaktes ²⁾. Dieses Erkenntnis ist für den Strafrichter aber nicht von Bedeutung. Das Strafgesetz verlangt in den Art. 285 und 286 ausdrücklich, dass der Beamte, dem sich der Täter widersetzt, für seine Handlung zuständig ist. Es sind hier also keine verwaltungsrechtlichen Kriterien und Ueberlegungen über qualifizierte Unzuständigkeit und der sich daraus ergebenden Nichtigkeit herbeizuziehen. Die blosse Feststellung einer mangelnden Kompetenz genügt im Falle der Widersetzung voll, um den Widerstand des Täters zu legalisieren. Fehlt die Zuständigkeit des handelnden Beamten, ist der Tatbestand der Art. 285/6 StGB nicht erfüllt.

Die örtliche Zuständigkeit muss also genauso gegeben sein wie die sachliche. Dass das Erfordernis der örtlichen Kompetenz früher häufig geleugnet wurde ³⁾,

1) Auch eine gewohnheitsrechtliche Regelung ist nicht ausgeschlossen.

2) Imboden, Max: Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel 1971, Bd. I, Nr. 326 III a; BGE 88 III Nr. 2; BGE 82 II 258, BGE 82 III 74 ff

3) Schönke, A.: Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. Aufl. Berlin 1952, § 113 V 1;
Maurach, Reinhart: Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, 1. Aufl. Karlsruhe 1952, S. 469

geschah nicht aus sachlichen, sondern aus terminologischen Gründen ¹⁾. So wurde der Bereich der örtlichen Zuständigkeit dem Amtsbezirk des Beamten gleichgesetzt. Nun reicht aber in manchen Fällen die örtliche Kompetenz kraft ausdrücklicher Regelung im Gesetz über den normalen Amtsbezirk hinaus ²⁾. Die Konsequenz einer Begriffsbildung war zwar logisch - die örtliche Zuständigkeit spielte in dem Fall keine Rolle - aber falsch. Wenn das Recht ausdrücklich vorsieht, dass in gewissen Fällen der gewöhnliche Amtsbezirk des Beamten erweitert wird, der Beamte also Amtshandlungen ausserhalb der normalen, örtlichen Zuständigkeit vornehmen kann, dann ist er eben dennoch, gerade für den besonderen Fall und unter den entsprechenden, gewissen Voraussetzungen, zuständig. Es gilt daher immer zu beachten, ob nicht durch ein Konkordat, durch ein Abkommen zwischen zwei Kantonen usw. verwaltungs- oder prozessrechtliche Sondervorschriften vorliegen, die einen scheinbaren Uebergriff, eine "örtliche Inkompetenz", doch rechtfertigen, so dass die verlangte Zuständigkeit im Sinne des Strafgesetzes doch gegeben ist.

-
- 1) Rehbindner, Manfred: Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung im § 113 StGB, GA 1963, S. 35
- 2) trifft häufig bei Polizeibeamten zu; vgl. beispielsweise Art. 356 StGB: Die Beamten der Polizei sind berechtigt, in dringenden Fällen einen Beschuldigten oder einen Verurteilten auf das Gebiet eines anderen Kantons zu verfolgen und dort festnehmen

4.1.4 Die Zuständigkeit beim Handeln auf Befehl oder Anordnung

Besteht die Amtshandlung im Vollzug eines Befehls oder der Anordnung einer Amtsstelle, kompliziert sich die Lage. Das Problem der Zuständigkeit stellt sich hier gleich zweimal. Es ist hier nicht nur die Zuständigkeit des handelnden Beamten zu fordern; es muss auch die Zuständigkeit der die Handlung anordnenden Behörde vorliegen. Mit anderen Worten, die anordnende Behörde muss nach dem Gesetz zum Erlass des Befehls kompetent sein. Verzichtet man nämlich auf deren Zuständigkeit, so kommt es zu falschen Lösungen, zu Urteilen, welche zur Folge haben, dass sie die verfassungsmässig garantierten Rechte wie z.B. das Hausrecht, das Eigentumsrecht, die persönliche Freiheit usw. in höchstem Masse bedrohen. Der Bürger hätte sich wie in früheren Zeiten in passivem Gehorsam zu üben.

Die frühere Gerichtspraxis macht die Problematik deutlich: ¹⁾

- Verurteilung wegen Widersetzung gegen eine V e r -
h a f t u n g , durchgeführt von einem Polizisten
a u f A n o r d n u n g eines Mitgliedes einer
ö r t l i c h e n G e s u n d h e i t s k o m -
m i s s i o n . (ZR 14 Nr. 118)
- Verurteilung wegen Widersetzung gegen eine p o l i -
z e i l i c h e V o r f ü h r u n g , v e r a n -
l a s s t d u r c h e i n B e t r e i b u n g s -
a m t . (Unveröffentlichte Entscheidung des

1) Urteile aufgeführt bei Hegnauer, a.a.O. S. 101/2

Obergerichtes Zürich, II. Strafkammer, 1. Juli 1955, in Sachen Romann)

- Verurteilung durch ein Bezirksgericht wegen Wider-
setzung gegen eine Hausdurchsuchung,
angeordnet durch einen Amtsvor-
mund (ZR 33 Nr. 168) ¹⁾.

In allen Fällen begnügte man sich mit einer Zuständigkeit. Es genügte für eine Verurteilung, dass die Handlung in den allgemeinen Kompetenzbereich des tätig werdenen Beamten fiel. Eine Ueberprüfung des anordnenden Behörde fand man dagegen nicht notwendig, oder man vermischte das Fehlen ihrer Kompetenz gar mit der inhaltlichen Rechtmässigkeit der Amtshandlung, welche damals ohnehin nicht für erforderlich gehalten wurde. Im weiteren flüchtet man sich auch in die Ausrede, dass es nicht Sache des Betroffenen sein könne, zu prüfen, ob die Handlung gerechtfertigt sei ! Eine Argumentation, die wiederum deutlich macht, dass das Problem der zweifachen Zuständigkeit, d.h. der Zuständigkeit von anordnender wie ausführender Behörde, mit der inhaltlichen Rechtmässigkeit der Amtshandlung vermischt wurde. Gibt man sich mit dieser Begründung zufrieden und verlangt man nicht neben der Zuständigkeit des ausführenden Beamten noch die Zuständigkeit der die Handlung anordnenden Behörde, so wäre jede untergeordnete Dienststelle in der Lage, sich über verfassungsmässig garantierte Rechte hinwegzusetzen, wenn es ihr nur gelingt, für ihre Anordnung einen Polizisten zu gewinnen, in dessen Kompetenzbereich ja praktisch alle Eingriffe in die Rechte des Bürgers fallen. Diese Gerichtspraxis wurde

1) Hier erfolgte allerdings ein Freispruch durch das Obergericht

mittlerweilen zu Recht verlassen.

Es bleibt somit festzuhalten, dass die gleichen Grundsätze über die Zuständigkeit, die beim handelnden Beamten gelten, auch für die anordnende Behörde verbindlich sind. Auch das Bundesgericht steht heute auf diesem Standpunkt ¹⁾.

4.2 Die normmässige Form

Jeder Staatsakt ist bestimmten Formvorschriften unterworfen, welche von recht unterschiedlicher Bedeutung sein können. Diese Formvorschriften - Regeln, die die äussere Gestalt eines Hoheitsaktes bestimmen, die somit weder Inhalt noch Zustandekommen dieses Aktes berühren - sind in der Regel dem Bürger selten alle bekannt. Dies gilt auch für die mannigfaltigen Amtshandlungen und den Widersetzungstäter. Sein Wissen beschränkt sich allenfalls auf die elementarsten Erfordernisse der entsprechenden Amtshandlungen. Kleinere Formmängel werden daher im allgemeinen kaum als Unrecht erkannt und als solches empfunden. Sie werden meist erst viel später nach längst begangener Widersetzung von Anwälten aufgespürt und dann zur Verteidigung vorgebracht ²⁾. Es stellt sich somit die Frage, welche Formvorschriften es zu beachten gilt, bzw. bei welchen Formfehlern ein Widerstand straflos sein kann.

Wenn auch grundsätzlich alle für eine bestimmte Amtshandlung aufgestellten Formvorschriften zu beachten sind, erhellt es von allein, dass nicht jeglicher

1) BGE 98 IV 43

2) vgl. M.E. Mayer, a.a.O. S. 454

Formmangel einen straflosen Widerstand zu bewirken vermag, genauso wie im Verwaltungsrecht auch nur wesentliche Formfehler die Nichtigkeit des entsprechenden Verwaltungsaktes zur Folge haben ¹⁾. Es gilt mithin ein Gleichgewicht zwischen den Interessen des Staates und seinen Vollzugsorganen sowie denjenigen des davon tangierten Bürgers zu erreichen. Der Vollzugsbeamte soll sich bei seiner oft heiklen und beschwerlichen Tätigkeit genauso auf den Schutz des Staates verlassen dürfen wie der Bürger. Ein unbedeutender Formfehler kann daher nicht zum straflosen Widerstand führen. Die straflose Widersetzung muss den Fällen von wesentlichen Formfehlern vorbehalten bleiben. Was hat man in- dessen unter Wesentlichkeit zu verstehen ?

Versteht man unter Wesentlichkeit die Voraussetzungen, von denen ein bestimmter Erfolg abhängt, so führt das lediglich zu einer Tautologie ²⁾. Versteht man unter einem wesentlichen Formmangel einen nach allgemeinem Rechtsempfinden groben, krassen Verstoss, führt auch das zu keiner brauchbaren Theorie ³⁾. So erscheint beispielsweise das Fehlen einer Urteilsunterschrift auf den ersten Blick als kleiner Mangel, als blosses, zufälliges Versehen und trotzdem ist ein solches Urteil in der Regel als nichtig zu betrachten ⁴⁾.

1) Fleiner, a.a.O. S. 204

Jellinek, W.: Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen, Tübingen 1908, S. 103 ff

2) Burckhardt, a.a.O. S. 97

3) Imboden, a.a.O. S. 97

4) SJZ 36, 144 ZR 8 Nr. 76, Verw. ZBL 1964, S. 137
aber ZR 1965 Nr. 22

Formvorschriften wurden in erster Linie zum Schutze des Bürgers vor dem Staat aufgestellt. Ihr Zweck dient also der Rechtssicherheit. Eine Einteilung der Formfehler in wesentliche und unbedeutende hat somit nach dem **Zweck** der im besonderen Falle missachteten Formvorschrift zu erfolgen. So ist beispielsweise ein Eingriff in die Freiheit des Bürgers besonders gravierend, und dementsprechend streng sind die erforderlichen Formvorschriften hiezu. Ein gültiger Haftbefehl im Kanton Zürich erfordert:

1. Schriftlichkeit ¹⁾. Es ist zudem im Kanton Zürich üblich, ²⁾ ein bestimmtes Formular zu verwenden, doch ist dies kein ausdrücklich genanntes Formerfordernis. Richtig ist daher der Entscheid des Obergerichtes, einen Haftbefehl, auf die Rückseite eines Polizeirapportes geschrieben, als formgerecht zu schützen ³⁾.
2. Ausreichende Bezeichnung der zu verhaftenden Person.
3. Grund der Verhaftung. Im Kanton Zürich genügt gemäss langjähriger Praxis die blossе Bezeichnung der Deliktsart. Lautet der Haftbefehl z.B. auf Raub und ergibt die Untersuchung einen anderen Tatbestand, z.B. Erpressung, so hat dies auf die Gültigkeit des Haftbefehls keinen Einfluss.

1) Als einzige Ausnahme von diesem Grundsatz vgl. § 67 StPO

2) und sicher empfehlenswert

3) vgl. ZR 33 Nr. 108

4. Aufforderung an den Träger des Haftbefehls, die zu verhaftende Person einem bestimmten Beamten zuzuführen (Vorführungsbefehl) oder diese in eine bestimmte Verhaftungsanstalt einzuweisen (Verwahrungsbefehl).
5. Datum
6. Unterschrift des Ausstellers unter Bezeichnung seiner Amtsstellung. Dies ist eine sehr wichtige Vorschrift, denn dadurch wird es dem Betroffenen erst richtig möglich, die Zuständigkeit des Ausstellers ¹⁾ zu überprüfen.

Fehlt eine der sechs aufgeführten Voraussetzungen, so kann sich der Betroffene gestützt auf diesen Mangel zur Wehr setzen. Eine Bestrafung wegen Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte nach Art. 285 StGB bzw. Hinderung einer Amtshandlung nach Art. 286 StGB ist nicht mehr möglich, da eine trotz eines solchen Mangels versuchte oder vorgenommene Verhaftung keine geschützte Amtshandlung mehr darstellt.

Dieses Beispiel zeigt deutlich, dass es kein Patentrezept für die Behandlung von Formfehlern gibt. Der Richter hat vielmehr stets zu prüfen, ob die im konkreten Falle geforderten Formvorschriften jeweils erfüllt waren. Liegt ein solcher Verstoß vor, hat er weiter festzustellen, ob diese Formvorschrift von Bedeutung ist, das heisst, ob der Mangel

1) vgl. S. 35 ff

die Rechte des Betroffenen beschneidet, seinen Schutz schmälert ¹⁾. Nur wenn dies nicht der Fall ist, kann der Formfehler als bedeutungslos betrachtet und der Widersetzungsstäter bestraft werden. Solche unbedeutende Formmängel betreffen häufig rein interne, dienstliche Formvorschriften, wie beispielsweise Vorschriften betreffend korrektes Uniformtragen und Dienstausrüstung ²⁾.

4.3 Normmässiges Verfahren

Wie bei den Formfehlern bereits ausgeführt, hat der Strafrichter die Verwaltungsrechtsgrundsätze über die Verfahrensmängel in einem Strafverfahren aus den Art. 285/286 StGB analog anzuwenden.

Verfahrensmängel haben eher selten die Nichtigkeit zur Folge ³⁾. Die Praxis belegt dementsprechend auch nur s c h w e r w i e g e n d e Verletzungen von Verfahrensvorschriften mit der Nichtigkeitssanktion ⁴⁾. Ein Grund für diese alte und gefestigte Praxis ⁵⁾ dürfte unter anderem darin bestehen, dass die Tatsachenprüfung, die zur Aufdeckung von Mängeln eines Verfahrens notwendig ist, sich nicht auf gegenwärtige, bestehende Fakten stützt, sondern auf Handlungen, die meist schon etliche Zeit zurückliegen können ⁶⁾; ein Unterfangen, das sich

-
- 1) Dieser Praxis folgt auch der Deutsche Bundesgerichtshof; vgl. BGHSt 5/93 (94)
 - 2) vgl. dazu Fälle aus der deutschen Praxis: RGSt 17/122 und 124 f, JR 59/28/29
 - 3) BGE 65 III 81; BGE 92 I 337; ZR 1964 S. 133
 - 4) EVGE 1956 S. 58/59 AGVE 1955 S. 203 ff
 - 5) vgl. BGE 29, 6; 49, 329
 - 6) Imboden, a.a.O. S. 120

praktisch als recht schwierig erweisen kann¹⁾. Trotzdem ist es klar, dass ohne minimale Beachtung der Verfahrensvorschriften eine Anordnung nicht als rechtsgültig bestehen kann.

Was sind nun Verfahrensmängel ? Folgende Beispiele aus dem Verwaltungsrecht mögen zur Illustration genügen:

- Willensmängel und Befangenheit. Hier besteht allerdings das Problem, ob Rechtsakte überhaupt auf ihre Willenskonformität hin überprüft werden können. So will Imboden²⁾ eine Ueberprüfung nur gestatten, wenn die Willensmängel durch den Inhalt des Rechtsaktes offenkundig zu Tage treten. Die Praxis lässt indessen eine generelle Prüfung zu, doch ist sie ebenfalls zurückhaltend. So gilt selbst eine durch Bestechung erwirkte Verfügung nur als nichtig, wenn sie zudem mit "grundlegenden Fehlern behaftet ist, die aus dem Akt ohne weiteres ersichtlich sind"³⁾. Diesem Entscheid ist zuzustimmen, entspricht er doch den allgemeinen Grundsätzen über die Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes.
- Nichtbeachtung einer Ausstandspflicht. Dieser Mangel führt eher selten zur Annahme der Nichtigkeit⁴⁾. In extremen Fällen, wo die Interessenkollision eine sachlich richtige Entscheidung in Frage stellt, man denke etwa an ein Handeln der Amtsperson in eigener Sache, dürfte allerdings auf Nichtigkeit zu schliessen sein.

1) vgl. dazu BGE 32, 36

2) Imboden, a.a.O. S. 128 ff

3) BGE 92 IV 191 ff

4) SGGVP 1959 S. 208/209

- Mangelnde Beteiligung des Privaten, soweit eine solche vorgeschrieben ist. Darunter sind Fälle wie fehlender Antrag, Verweigerung des rechtlichen Gehörs und ungenügende Vertretung zu subsumieren. Die Verweigerung des rechtlichen Gehörs stellt häufig einen Nichtigkeitsgrund dar, vorab wenn es sich beim Rechtsakt um eine Strafe, eine strafähnliche Massnahme oder um einen besonders schweren Eingriff in die höchstpersönlichen Rechtssphäre handelt ¹⁾.
- Mangelnde Kundmachung. Die Kundmachung bei rechtsanwendenden Akten an die Betroffenen dient der Ermöglichung der Parteianfechtung, deshalb ist bei vollstreckbaren Akten die Mitteilung an den Betroffenen ein unbedingtes Erfordernis der Wirksamkeit des Aktes. Ein Mangel hätte hier Nichtigkeit zur Folge, ein Widerstand gegen die Vollstreckung wäre straflos.

1) vgl. Imboden, Max: Die Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel 4. Aufl. 1971, Bd. II, Nr. 611

§ 5 Die materielle Rechtmässigkeit

5.1 Allgemeines

Ergaben sich durch die Formulierung "innerhalb der Amtsbefugnisse" für die strafrechtliche Ueberprüfung einer Amtshandlung schon bei deren formeller Seite gewisse Schwierigkeiten und abweichende Meinungen ¹⁾, ist die Frage bei der materiellen Rechtmässigkeit erst recht umstritten ²⁾.

Die materielle Rechtmässigkeit einer Amtshandlung bestimmt sich danach, ob alle gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, die für sie gefordert sind, mit anderen Worten, ob eine Amtshandlung neben den Ausführungsvorschriften auch den auszuführenden Normen entspricht. Die inhaltliche Rechtmässigkeit ist jeweils unabhängig von der formellen Rechtmässigkeit zu prüfen.

Die Prüfung des Inhaltes nimmt beim Erlass eines Staatsaktes den weitesten Raum ein; die inhaltliche Richtigkeit, die materielle Rechtmässigkeit der zu treffenden Anordnung ist ja der eigentliche Zweck jedes behördlichen Handelns ³⁾. Damit wird klar, wieviel von der Beantwortung der Frage abhängt, ob die durch die Art. 285/286 StGB geschützte Amtshandlung nur formell rechtmässig, oder ob sie auch materiell rechtmässig sein muss.

1) vgl. S. 25 ff

2) Stratenwerth, a.a.O. S. 581

3) vgl. Imboden: Der nichtige Staatsakt, a.a.O. S. 137

Betrachtet man die Interessenlage, sieht man sich zwei unvereinbaren Standpunkten gegenüber. Der Grundsatz ist grundsätzlich der gleiche wie bei der formellen Rechtmässigkeit. Auf der einen Seite steht der Bürger, der seine durch Verfassung und Gesetz garantierten und geschützten Rechtsgüter vor widerrechtlichen Angriffen von Beamten verteidigen möchte. Auf der anderen Seite stehen die Beamten, die eines Schutzes bei ihrer Amtsausübung bedürfen und hinter diesen steht wiederum das Interesse am reibungslosen Funktionieren des Staats. Je nach Wertung dieser Interessen kommt man zu verschiedenen Lösungen, was Theorie und Praxis zu dieser Frage deutlich bestätigen ¹⁾. Die Lösung wurde meist von politischen Überlegungen her bestimmt, ²⁾ und man kann auch in der Tat bis zu einem gewissen Grade politische Faktoren nicht ausschliessen, darf doch das einwandfreie Funktionieren des Staates nicht angegriffen werden. Andererseits gilt es, die Lösung mit Verfassung und Gesetzen in Einklang zu bringen. So ist hier der schon früher erwähnte Zusammenhang ³⁾ der Art. 32/33 und 285/286 StGB zu beachten, der Grundsatz von der Gesetzmässigkeit der Verwaltung sowie die Regeln über die Nichtigkeit eines Staatsaktes.

Es gilt wiederum den mittleren Weg zu finden. Der Staat hat einerseits zu erkennen, dass seiner Macht gegenüber dem Individuum Grenzen gezogen werden müssen. Eine bedingungslose Unterordnung des Einzelnen unter die

1) Stratenwerth, a.a.O. S. 581

2) vgl. 1. Teil dieser Arbeit

3) vgl. § 3, 3.2

Staatsgewalt würde zu Recht "einen Rückfall in Polizeistaat und Totalitarismus" darstellen ¹⁾. Andererseits muss der Bürger einsehen, dass er sich in seinen Rechten zugunsten eines ordnungsgemässen Ablaufes der Staatstätigkeit einschränken muss.

Mit der Feststellung, dass der Strafrichter auch die materielle Rechtmässigkeit der Amtshandlung prüfen darf, ist allerdings noch nicht gesagt, wie weit diese zur Voraussetzung des strafrechtlichen Schutzes der Amtshandlung gemacht werden soll.

Das Bundesgericht hat sich in seiner früheren Praxis mit der formellen Rechtmässigkeit begnügt, aber mit dem Vorbehalt, dass einer *o f f e n s i c h t l i c h w i d e r r e c h t l i c h e n* Amtshandlung allenfalls der Schutz zu versagen sei ²⁾. Die neuste Praxis differenziert und verstärkt diesen Vorbehalt ³⁾. Danach bleibt eine Widersetzung straflos, wenn die Amtshandlung offensichtlich rechtswidrig ist, die Rechtsmittel keinen wirksamen Schutz erwarten lassen, und der Widerstand zur Bewährung oder Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes dient. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, bleiben dem Betroffenen lediglich die zur Verfügung stehenden Rechtsmittel.

1) Maurach, Reinhardt: Deutsches Strafrecht, Bes. Teil, 5. Aufl. 1969 (mit Nachträgen 1970 und 1971) S. 552 3.

2) BGE 74 IV 63, 95 IV 175

3) BGE 98 IV 45

Wie weit schränkt dieser Vorbehalt die Berücksichtigung der materiellen Rechtmässigkeit ein ? Die Formulierung erinnert zum Teil an die Voraussetzungen, die die Nichtigkeit eines Staatsaktes begründen, wenn auch die beiden Formulierungen leicht voneinander abweichen. Es scheint somit, dass das Bundesgericht der materiellen Rechtmässigkeit nur in reduziertem Rahmen eine Bedeutung beimisst, nämlich dann, wenn der materielle Mangel die Nichtigkeit der Amtshandlung zur Folge hat. Der strafrechtliche Schutz wird bei einem materiellen Mangel also nur verweigert, wenn er derart gravierend ist, dass er die Nichtigkeit des Hoheitsaktes bewirkt. Dass damit kein brauchbares Kriterium, das die praktische Rechtserkenntnis vermehren würde, gewonnen worden ist, hat schon Imboden zu Recht festgestellt ¹⁾. Dem nichtigen Staatsakt bleibt ohnehin jede Wirkung versagt. Er bindet keine Behörde und kann daher auch nicht durch den Strafrichter geschützt werden.

5.2 Der Aufbau der Amtshandlung im Sinne der Art. 285/286 StGB

Bei einer Amtshandlung im Sinne der Art. 285/286 StGB finden sich im Grunde immer zwei Akte, die auf zwei verschiedenen Ebenen liegen: der Vollstreckungsakt und der ihm zugrunde liegende Akt. Die eigentliche Amtshandlung im Sinne des Strafgesetzes ist die Vollstreckungshandlung, und sie allein wird durch dieses geschützt. Dieser Vollstreckungshandlung geht aber immer

1) Imboden: Straferrechtliche Verwaltungskontrolle, a.a.O. S. 147

ein früherer Akt voran. Dieser bildet den Inhalt der Vollstreckung; in ihm ist angeordnet, was zu vollziehen ist; durch ihn allein hat der Vollstreckungsakt Sinn und Ziel.

Es kann nun vorkommen, dass die Behörde, die den Akt erlässt, und diejenige, die diesen vollstreckt, zusammenfällt, dass somit die Behörde für beide Akte dieselbe ist. Dies ändert jedoch nichts an der Duplizität der Akte. Für die Behandlung der Frage nach den materiellen Voraussetzungen für die Rechtmässigkeit der Amtsausübung bleibt sich ebenfalls alles gleich. Dies sei an einem Beispiel aus dem zürcherischen Recht demonstriert.

Normalerweise gestattet es die zürcherische Strafprozessordnung dem Polizeibeamten nicht, Personen ohne Haftbefehl festzunehmen, es sei denn, dass ganz besondere Voraussetzungen vorliegen. So bestimmt § 68 StPO, dass ein Polizeibeamter eine Person ohne Haftbefehl ergreifen kann, wenn diese ein Verbrechen oder Vergehen ¹⁾ in Gegenwart des Beamten verübt hat, oder wenn nach den eigenen Wahrnehmungen des Beamten oder nach Mitteilung glaubwürdiger Dritter die Person eines Verbrechens oder Vergehens dringend verdächtig ist und zudem Flucht- oder Kollusionsgefahr besteht ²⁾³⁾.

1) Für Uebertretungen vgl. zudem § 339 StPO

2) § 68 Ziff. 2 und § 49 StPO

3) Im übrigen darf der Polizeibeamte eine solche Verhaftung zur Nachtzeit sowie an Sonn- und Feiertagen im Innern eines Hauses nur vornehmen, wenn Gefahr im Verzug ist (§ 70 StPO). Dazu kommt, dass der Beamte dem Betroffenen mitzuteilen hat, in welcher Eigenschaft er handelt (§ 71 StPO).

Schreitet nun ein Polizeibeamter zur Verhaftung einer Person, die er beispielsweise damit beschäftigt findet, ein Autoradio aus einem fremden Fahrzeug auszubauen, liegen wiederum zwei Akte vor. Wieder ist unser Modellfall gegeben, eine den abstrakten Willen des Gesetzgebers konkretisierende Anordnung und deren Vollzug: der Beamte erlässt, gestützt auf § 68 StPO, die Verfügung, dass die Person zu verhaften und zur Abklärung der Tat auf den Posten zu verbringen sei. Diese Verfügung vollzieht er unmittelbar nach deren Erlass in eigener Person.

5.3 Mittelbarer Gesetzesvollzug

Wenn ein Beamter Verfügungen von Verwaltungsbehörden oder Urteile und Beschlüsse von Gerichten vollstreckt, dann ist allein die Rechtmässigkeit der Vollzugshandlung, nicht aber diejenige des vollzogenen Entscheides zu überprüfen. Der vollzogene Entscheid bedarf lediglich der Rechtsgültigkeit, weil es nach den Tatbeständen der Art. 285/286 StGB nur auf die eigentliche Vollzugshandlung, nicht aber auch auf die Rechtmässigkeit der zu vollziehenden Handlung ankommt ¹⁾. Die Rechtmässigkeit der Vollzugshandlung setzt somit neben der Zuständigkeit, ²⁾ den Verfahrens- ³⁾ und Formerfordernissen ⁴⁾ inhaltlich nur voraus, dass die der Vollstreckung zugrunde liegende Verfügung rechtsgültig ist, denn

1) Rehbindner, a.a.O. S. 37/38

2) vgl. S. 35 ff

3) vgl. S. 46 ff

4) vgl. S. 42 ff

allein auf einem rechtsgültigen Staatsakt kann ja eine rechtmässige Vollstreckung basieren. Eine Prüfung der materiellen Rechtmässigkeit der Amtshandlung im Sinne der Art. 285/286 StGB läuft somit darauf heraus, dass der Richter zu prüfen hat, ob der vorangehende Akt rechtsgültig, das heisst nicht nichtig ist, ~~dam~~ die Vollstreckung eines nichtigen Urteils bzw. einer nichtigen Verfügung wäre unrechtmässig. Leichtere Mängel dagegen, die keine Nichtigkeit des Staatsaktes zur Folge haben, berühren dessen Vollstreckbarkeit nicht und haben somit auch keine Auswirkungen auf die Rechtmässigkeit des Vollstreckungsaktes. Bei einer lediglich anfechtbaren Verfügung hat sich der Betroffene der ordentlichen Rechtsmittel zu bedienen, denn es wäre widerspruchsvoll, diesem neben den ordentlichen Rechtsmitteln noch die Widersetzung im Sinne der Art. 285/286 StGB zu gestatten, ¹⁾ würde doch damit die Ordnung der ordentlichen Rechtsmittel in Frage gestellt.

5.4 Die verwaltungsrechtliche Praxis zur Nichtigkeit von Staatsakten

Wann eine Verfügung, ein Staatsakt nichtig ist, lehrt das einschlägige Prozess- und Verwaltungsrecht ²⁾. Hier können nur die Grundzüge dieses äusserst komplexen Gebietes aufgezeigt werden.

1) Stratenwerth, a.a.O. S. 582

2) Schwander, a.a.O. S. 492

Nach der heutigen Verwaltungsgerichtspraxis, die im Einklang mit der Dogmatik steht, tritt Nichtigkeit nur ein, wenn kumulativ drei Voraussetzungen erfüllt sind:

1. Der Mangel wiegt schwer. Dies liegt vor, wenn es sich bei der Verletzung um ein besonders hoch zu bewertendes Rechtsgut handelt, und der Verstoss dagegen besonders grob und schwerwiegend ist ¹⁾.
2. Der Mangel ist offenkundig oder doch leicht erkennbar ²⁾.
3. Die Annahme der Nichtigkeit beeinträchtigt die Rechtssicherheit nicht in untragbarer Weise ³⁾, das heisst, Nichtigkeit ist nur dann anzunehmen, wenn die Verletzung der in Frage stehenden Vorschrift schwerer wiegt als die sich aus der Unwirksamkeit der Verfügung ergebende Beeinträchtigung der Rechtssicherheit und des handlungsökonomischen staatlichen Interesses ⁴⁾.

Das Abwägen der beidseitigen Interessen ist das entscheidende Neue. Dadurch hebt sich die heutige Meinung von der früheren Lehre ab, die nur auf das Vorliegen von besonders krassen, tiefgreifenden, wesentlichen formellen oder materiellen Mängeln abstellte, ⁵⁾ oder die Nichtigkeit vom Fehlen wesentlicher juristischer

1) Imboden, Der nichtige Staatsakt, a.a.O. S. 146, BGE 71 I 198, BJM 1962 S. 289

2) VerwZBL 1962 S. 376

3) VerwZBL 1959 S. 448/9

4) Imboden, Der nichtige Staatsakt, a.a.O. S. 92 BGE 78 I 406, 79 I 6

5) Ruck, Erwin: Schweizerisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. Zürich, Bd. 1, S. 95

Elemente abhängen liess ¹⁾. Diese Interessenabwägung findet sich allerdings schon bei Giacometti ²⁾.

Die heutige Verwaltungsgerichtspraxis verdient volle Zustimmung, werden doch damit die Interessen des Betroffenen wie auch diejenigen des Staates gleichermaßen berücksichtigt. Das Abwägen in jedem Einzelfall ist gerade bei den Widersetzungstatbeständen 285/286 StGB von Bedeutung, denn die Praxis bezieht nicht von vornherein Stellung für oder gegen eine der beiden Parteien. Es wird vorab auf eine einseitige, politische Lösung verzichtet und an deren Stelle eine sachlich differenzierte, juristische Lösung gerückt. Damit ist der gewünschte Kompromiss zwischen den völlig entgegengesetzten Interessenslagen ³⁾ erreicht.

Der neuesten Bundesgerichtspraxis ⁴⁾ zu den Widersetzungstatbeständen ist daher teilweise zuzustimmen, teils ist sie zu rügen. Zustimmung verdient die Rechtsprechung, nach welcher nunmehr auch materielle Mängel berücksichtigt werden sollen, dies aber in einem vernünftigen Rahmen so, dass nicht uneingeschränkte materielle Rechtmässigkeit zur Voraussetzung des Schutzes der Amtshandlung gemacht wird. Nicht zustimmen kann man dem Gericht, wenn es versucht, eigene Kriterien

1) Fleiner, a.a.O. S. 203 ff

2) Giacometti, Zaccaria: Allgemeine Lehren des rechtstaatlichen Verwaltungsrechtes, Zürich 1960, Bd. 1, S. 426

3) vgl. S. 50

4) BGE 98 IV 91 ff

zur Beurteilung der Gültigkeit der Amtshandlung - und damit der Nichtigkeit einer Verfügung - zu suchen. Hat es sich doch deutlich gezeigt, dass es sich hier gar nicht um spezifisch strafrechtliche Probleme, sondern um Fragen des Verwaltungsrechts handelt ¹⁾. Es ist daher nicht einzusehen, warum nicht die klug differenzierende Verwaltungsgerichtspraxis voll übernommen wird. Die Offensichtlichkeit des Mangels kann daher nur eine der drei Voraussetzungen, die zur Nichtigkeit führen, sein; die Schwere des Mangels sowie der Aspekt der Rechtssicherheit müssen miteinbezogen werden.

Bei der Behandlung des vorfrageweise ausgeübten richterlichen Prüfungsrechts ²⁾ wurde deutlich, dass Verwaltung und Rechtsprechung aufeinander Rücksicht nehmen müssen, da sie beide letzten Endes das gleiche Ziel verfolgen. Dies gilt in noch erhöhtem Masse für Straf- und Verwaltungsrichter, denn "die volle Konkordanz von öffentlichem Recht und Strafrecht kann nur bei uneingeschränkter Uebernahme der Regeln der Verwaltungsrechtsprechung in die Praxis zu den Art. 285/286 StGB gewährleistet werden" ³⁾. Diese Uebernahme rechtfertigt sich ausser durch die wünschenswerte Konkordanz ⁴⁾ auch durch die Tatsache, dass die Regelung der Verwaltungsrechtsprechung die dem Problem besser angepasste und die Interessen des

1) Rehbindner, a.a.O. S. 36, vgl. dazu ferner: Pestalozza, Graf von: Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung im Sinne des § 113 StGB, DStR 1939, S. 34 ff

2) vgl. S. 32 ff

3) Stratenwerth, a.a.O. S. 582/83

4) Stratenwerth, a.a.O. S. 582/83

Staates und des Betroffenen besser wahrende Lösung ist. Die Uebernahme brächte ferner nur minimale Veränderungen hinsichtlich des Umfanges des strafrechtlichen Schutzes der Amtshandlung, wie er gegenwärtig durch das Bundesgericht bestimmt wird,¹⁾ dafür den Vorteil einer seit Jahren ausgebildeten und bewährten Praxis, die die Grenzen des Umfanges besser erkennen lassen.

5.5 Unmittelbarer Gesetzesvollzug

5.5.1 Das Prinzip

Beim unmittelbaren Gesetzesvollzug werden die beiden Akte von ein und derselben Behörde gefällt und vollstreckt. Die deutliche Trennung von auszuführendem Akt und Vollzugshandlung ist damit wenig ausgeprägt. Das mag manchen dazu geführt haben, für diese Fälle nach einer anderen Lösung zu suchen. So stellt Reh binder zwar fest, dass auch hier zwischen abstraktem Gesetz und Vollstreckung ein konkretisierender Verwaltungsakt, eine Verfügung, liegt²⁾. Gleichwohl fordert er ein anderes Vorgehen. Dabei stützt er sich auf die Formulierung des deutschen Widersetzungstatbestandes § 113 StGB. Dieser verlangt, dass der Vollstreckungsbeamte sich in rechtmässiger Ausübung s e i n e s Aktes befinde. Daraus folgert er, dass zu "seiner Amtsausübung" auch der Erlass des konkretisierenden Verwaltungsaktes gehört. Er kommt daher zum Schluss,

1) BGE 98 IV 41 ff

2) Reh binder, a.a.O. S. 39

dass hier vom Richter neben der Rechtmässigkeit der Vollzugshandlung auch diejenige des zu vollziehenden Aktes v o l l zu überprüfen sei.

Das mag aufgrund der deutschen Formulierung richtig sein, - eine genaue Ueberprüfung dieser These kann im Rahmen dieser Arbeit nicht erfolgen - die Fassungen der Tatbestände 285/286 StGB lassen indessen eine solche Interpretation nicht zu, da das schweizerische Recht nur verlangt, dass die Handlung "innerhalb der Amtsbefugnisse" des Beamten liegen muss. Innerhalb der Amtsbefugnis liegt nun die geschützte Vollzugshandlung, wenn sie den geforderten Verfahrens- und Formvorschriften entspricht und - als materielles Erfordernis - auf einem rechtsgültigen Staatsakt basiert. Der Richter hat also auch hier die vollzogene Verfügung lediglich auf ihre Rechtsgültigkeit hin zu überprüfen. Dass die Verfügung von der Behörde, die gleichzeitig für den Vollzug zuständig ist, erlassen wird, ändert nichts an diesem Grundsatz.

Auf dieser Basis sind auch die zwei in diesem Zusammenhang auftretenden Probleme zu lösen: Der Beamte, der nach "pflichtgemässen Ermessen" eine Verfügung erlässt und vollzieht, die sich hinterher als unnötig erweist, und der Beamte, der einen rechtswidrigen Dienstbefehl ausführt.

5.5.2 Zum Irrtum des Vollzugsbeamten

Dieser Irrtum wird von der Strafrechtsdogmatik meist als Ermessensfehler angeschaut. So sagt Maurach: "Eine

in das E r m e s s e n des Beamten gestellte Amtshandlung ist dann rechtmässig, wenn sie sich innerhalb des Ermessensspielraums hält und erkennbar werden lässt, dass sich der Beamte aufgrund p f l i c h t m ä s s i g e r U e b e r l e g u n g zu ihr entschlossen hat." ¹⁾ Hat der Beamte nach diesem Grundsatz gehandelt, ist sein Irrtum bedeutungslos, denn es kommt nicht darauf an, ob sich der Entschluss des Beamten ex post als richtig erweist, sondern aber ex ante als pflichtmässig erschien. So können tatsächliche Fehlentscheidungen trotzdem zu rechtmässigen Amtshandlungen werden ²⁾.

Was aber wird in diesem Zusammenhang unter Ermessen verstanden? Dies wird besonders deutlich bei Hegnauers Beispiel einer vorläufigen Festnahme nach § 68 ff ZH StPO ³⁾. Hegnauer zählt die verschiedenen Voraussetzungen für diese Festnahme auf und stellt fest, dass einzelne dieser Voraussetzungen eindeutig und unproblematisch sind, andere dagegen eine wertende Tätigkeit verlangen. Hier nun sei dem Polizeibeamten ein "gewisses Ermessen" eingeräumt. Unrechtmässig ist die Amtshandlung nach Hegnauer, wenn der Beamte "die Grenzen des Ermessens" eindeutig überschritten habe.

Damit wird der Begriff des Ermessens zwar anders verwendet als in der verwaltungsrechtlichen Terminologie. Ein echtes Ermessen liegt nach dieser vor, wenn der

1) Maurach, Reinhart: Deutsches Strafrecht, Bes. Teil, 1974, § 67 II A 2.cc, S. 637

2) Hegnauer, a.a.O. S. 104

3) Hegnauer, a.a.O. S. 104

Beamte zu einer "individualisierenden Auswahl und Abstufung von Rechtsfolgen" berufen ist, ¹⁾ mit anderen Worten, wenn ihm vom Recht her mehrere, verschiedene Entscheidungsmöglichkeiten zugebilligt werden ²⁾. Es liegt aber dennoch ein reduziertes Ermessen vor.

Prüft nämlich ein Polizeibeamter die Voraussetzungen, die zu einer vorläufigen Festnahme erforderlich sind, also ob ein dringender Tatverdacht, ob eine Fluchtgefahr usw. vorliegt, dann trifft er eine wenn auch eingeschränkte Ermessensentscheidung, indem er die abstrakten Gesetzesnormen und Rechtsbegriffe der Strafprozessordnung konkretisiert. Sieht er die geforderten Voraussetzungen erfüllt, so muss er die Verfügung zu einer vorläufigen Festnahme erlassen, die er sofort anschliessend an diese Verfügung vollstreckt. Ein Irrtum oder Fehler des Beamten über das Vorliegen dieser Voraussetzungen führt dazu, dass die Verfügung mangelhaft wird; bleibt sie aber dennoch rechtsgültig, ist die Voraussetzung für eine rechtmässige Vollzugsbehandlung gegeben.

Am System der Duplizität der Akte ändert sich insofern nichts, als dann vom Richter lediglich überprüft werden kann, ob keine Ermessensüberschreitung oder kein Ermessensmissbrauch vorliegt. Diese sind ebenfalls wiederum nur von Bedeutung, wenn sie derart gravierend sind, dass sie die Nichtigkeit der Verfügung zur Folge haben.

1) Imboden, Verwaltungsgerichtspraxis, S. 73

2) Reh binder, a.a.O. S. 39

Dies steht im Einklang mit der Lösung, die Stratenwerth - allerdings für das deutsche Recht - gefunden hat. Demzufolge muss der Eingriff "des aufgrund eigener Entscheidung handelnden Vollzugsbeamten vom Betroffenen geduldet werden, sofern er nicht offensichtlich rechtswidrig ist, oder - mangels pflichtmässiger Prüfung der Sachlage - gegen strafrechtliche Normen verstösst" ¹⁾.

5.5.3 Zur Vollstreckung eines rechtswidrigen Dienstbefehls

Bevor das eigentliche Problem untersucht wird, gilt es die Fälle auszuschneiden, die nicht darunter fallen. Meist handelt es sich beim "Dienstbefehl" um eine Verfügung, um den ersten konkretisierenden Staatsakt, auf dem die eigentliche Vollzugshandlung basiert. Liegt dieser "Normalfall" vor, ist er nach dem gefundenen Schema zu lösen, das heisst, es genügt, dass der "Dienstbefehl" rechtsgültig ist, damit der Vollzugshandlung der Schutz des Strafrechtes zukommt.

Das Problem des rechtswidrigen Dienstbefehls stellt sich somit nur dann, wenn dieser Befehl noch keine Verfügung darstellt, "sondern den Untergebenen nur anweist, im Rahmen seiner eigenen Kompetenz zur Vollstreckung von Gesetzen in bestimmter Weise tätig zu werden" ²⁾.

In diesem Falle ist die Frage der rechtmässigen Amtsausübung vorab in Deutschland ausserordentlich strittig. So will sich die Praxis dort damit begnügen, dass der

1) Rehbindner, a.a.O. S. 39

2) Rehbindner, a.a.O. S. 40

Vollzugsbeamte auf die Rechtmässigkeit des Dienstbefehls vertraut hatte, ¹⁾ während der Grossteil des Schrifttums die Rechtmässigkeit des Befehls selbst verlangt ²⁾.

Auch hier wird schnell deutlich, dass es sich nicht um einen "neuen Fall" handelt. Liegt im Dienstbefehl keine Verfügung vor, ist es eben wieder der Vollzugsbeamte, der den konkretisierenden Akt selbst erlässt. Dies ist ein Fall von unmittelbarem Gesetzesvollzug. Der Unterschied zum normalen unmittelbaren Gesetzesvollzug besteht lediglich darin, dass der Beamte nicht auf einen eigenen Entschluss hin eine Verfügung erlässt, sondern dass er auf eine Dienstanweisung, auf einen Befehl hin verfügt.

Problematisch sind die Befehle, die der Beamte nach Beamtenrecht aufgrund seiner Dienstvorschrift zu vollziehen hat, obwohl er dadurch dem Betroffenen gegenüber rechtswidrig handelt ³⁾. Der Beamte befindet sich damit in einem Dilemma: entweder bricht er seine Dienst- bzw. Gehorsamspflicht, oder er verletzt das Gebot, unrechtmässige Angriffe auf den Bürger zu unterlassen. Die Lösung bereitet indessen keine Schwierigkeiten, braucht man doch nur die bis jetzt entwickelten Grundsätze logisch anzuwenden.

1) Gassmann, Jürgen: Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung beim Widerstand gegen die Staatsgewalt nach deutschem und anglo-amerikanischem Strafrecht, Diss. Berlin 1961, S. 16 FN 4

2) Gassmann, a.a.O. S. 17 FN 1

3) vgl. Stratenwerth, Verantwortung und Gehorsam, S. 16 ff

Da der Schutz der Art. 285/286 StGB nur der eigentlichen Vollzugshandlung zukommt, ¹⁾ ist nur die Beziehung zwischen dem Betroffenen und dem Vollzugsbeamten von Bedeutung, mit anderen Worten, allein das Aussenverhältnis ist relevant ²⁾. Das Innenverhältnis, die Gehorsampflicht des Untergebenen gegenüber dem Vorgesetzten, ist vollständig belanglos. Im weiteren gilt die normale Regelung, die sowohl für den unmittelbaren wie für den mittelbaren Gesetzesvollzug aufgezeigt worden ist: Die rechtswidrige Verfügung, sofern sie nur rechtsgültig ist, genügt als Basis für eine rechtmässige Vollzugshandlung im Sinne der Art. 285/286 StGB. Es sind somit nur grobe Mängel und Verstösse, die die Nichtigkeit des Staatsaktes zur Folge haben, damit keine Grundlage für den ordnungsgemässen Vollzug darstellen und auf diese Weise den Schutz des Strafrechts verlieren.

5.6 Rechtswidrige Begleithandlungen

Besondere Probleme entstehen in den Fällen, wo die rechtmässige Amtshandlung mit rechtswidrigen Begleithandlungen verbunden ist. Man denke etwa an den Polizeibeamten, der einen Bürger kraft eines einwandfreien Haftbefehles festnimmt und dabei den Festgenommenen grundlos schlägt oder beschimpft ³⁾.

Bei diesen Fällen wird ganz besonders deutlich, welche Vorteile die konsequente Aufspaltung in den zu

1) vgl. S. 52

2) Gassmann, a.a.O. S. 20
Rehbinder, a.a.O. S. 41

3) vgl. den Fall des OLG Oldenburg NJW 52, 1189

vollziehenden Akt und die eigentliche Vollzugshandlung bringt. Betrachtet man nämlich eine solche "Amtshandlung" als einen einheitlichen Akt, führt dies zu kaum lösbaren Schwierigkeiten ¹⁾. Einerseits liegt eine rechtmässige Haupthandlung vor, gegen die Widerstand strafbar sein muss, andererseits stellen die Begleithandlungen einen rechtswidrigen Angriff auf den Bürger dar, dem sich dieser schon aufgrund des Notwehrrechtes widersetzen darf. Eine widersprüchliche Situation, die zu entsprechenden Lösungen führt. Bei einer strikten Trennung der beiden Akte ergibt sich ein Resultat ohne jeden Mangel.

Die Art. 285/286 StGB schützen nur die eigentliche Vollzugshandlung ²⁾. Der einwandfreie Haftbefehl, die rechtmässige Verfügung, ganz allgemein: der konkretisierende Staatsakt allein bildet die Basis der Vollzugshandlung. Er stellt deren Inhalt und damit deren **m a t e r i e l l e** Rechtmässigkeit dar. Das Beschimpfen oder Schlagen betrifft dagegen das **W i e**, die Art und Weise der Vollzugshandlung oder mit anderen Worten die **f o r m e l l e** Rechtmässigkeit. Der Widerspruch zwischen einer rechtmässigen und einer unrechtmässigen Handlung verschwindet. Denn es ist klar, dass ein Staatsakt - gemeint ist hier die Vollzugshandlung - materiell ohne Fehler sein kann, während die formelle Rechtmässigkeit durch Mängel beeinträchtigt ist.

1) vgl. Stöckel, Heinz: Ungeklärte Notwehrprobleme bei Widerstand gegen die Staatsgewalt, JR 1967, S. 284

2) S. 38, Rehbinder, a.a.O. S. 37/38

Ein solch rechtswidriges Vorgehen des Beamten stellt also einen Vorstoß gegen die Formvorschriften dar. Da diese in der Regel zum Schutze des Bürgers aufgestellt sind, ihr Zweck also der Rechtssicherheit des Bürgers dient, dürfte ein solches Vorgehen bzw. ein solcher Formmangel meist die Nichtigkeit des Aktes zur Folge haben.

Für die Bewertung der Formfehler - wie überhaupt für die Frage nach der Nichtigkeit von Staatsakten - hat der Richter wie im Normalfall die Grundsätze des Verwaltungsrechtes anzuwenden ¹⁾.

1) vgl. S. 42 ff und 55 ff

§ 6 Zusammenfassung

Die Art. 285/286 StGB schützen nur die rechtmässige Amtshandlung. Die Formulierung "innerhalb der Amtsbefugnisse der Behörden und Beamten" ist gleichzusetzen mit der formellen und materiellen Rechtmässigkeit der Amtshandlung.

Amtshandlungen im Sinne von Art. 285/286 StGB zerfallen stets in zwei Teile: in den zu vollziehenden Akt - meist ein Beschluss, eine Verfügung oder ein Urteil - und in die eigentliche Vollzugshandlung. Da der Schutz der Art. 285/286 StGB nur der eigentlichen Vollzugshandlung zukommt, stand und steht die formelle Rechtmässigkeit im Vordergrund, während die materielle Rechtmässigkeit lange Zeit nicht verlangt wurde, was in der Folge zu den aufgezeigten falschen Resultaten führte. Die inhaltliche Rechtmässigkeit bezieht sich auf das zu Vollziehende und muss ebenfalls vorliegen. Hier ist aber lediglich verlangt, dass der zu vollziehende Akt rechtsgültig bzw. nicht nichtig ist.

Der Strafrichter prüft die Rechtsgültigkeit des zu vollziehenden Aktes vorfrageweise.

Bei dieser Beurteilung der Nichtigkeit von Staatsakten hat er keine eigenen, neuen Kriterien zu schaffen. Da es sich hier um spezifisch verwaltungsrechtliche Probleme handelt, ist vielmehr die ausgewogene, differenzierte Praxis der Verwaltungsrechtsprechung anzuwenden. Diese Praxis berücksichtigt in jedem einzelnen Fall die Interessen des Staates genauso wie die des betroffenen Bürgers.

Diese flexible Praxis hat als weiteren Vorteil neben einer langjährigen und bewährten Praxis für sich, dass nicht im voraus generell Partei für die eine oder andere Seite genommen wird. Der Interessenskonflikt wird damit nicht einem starren Schema unterworfen. Die Lösung gestattet dem Strafrichter vielmehr im einzelnen Falle die konträren Interessen optimal zu wahren, das heisst, den Betroffenen vor unrechtmässigen Eingriffen seitens des Staates und den Beamten bei seiner Vollzugstätigkeit von ungerechtfertigtem Widerstand bestmöglich zu schützen.

Das Aufspalten einer Amtshandlung in den zu vollziehenden Akt und die dazugehörige Vollzugshandlung, kombiniert mit den Nichtigkeitsregeln der Verwaltungsrechtsprechung, führt zu dogmatisch und praktisch sauberen Lösungen, die weder Widersprüche zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts - wie etwa zu denen der Notwehr - oder zum öffentlichen Recht aufweisen.

Die Lösungen folgen zudem immer dem gleichen Schema und sind einheitlich, unabhängig davon, ob es sich beim auszuführenden Akt um eine Verfügung, einen Dienstbefehl oder ein Urteil handelt, oder ob ein unmittelbarer oder mittelbarer Gesetzesvollzug vorliegt.

Der aufgezeigten Lösung ist mittlerweile auch das Bundesgericht recht nahe gekommen, nachdem es während längerer Zeit den Begriff der Rechtmässigkeit der Amtshandlung sehr eng fasste, indem es sich mit der Prüfung der Zuständigkeit des handelnden Beamten begnügte, das heisst, lediglich prüfte, ob die Amtshandlung durch einen zuständigen Beamten erfolgte, und

Form- und Verfahrensmängel ebenso wie materielle Mängel nicht berücksichtigte ¹⁾. Das Bundesgericht warf zwar schon in BGE 74 IV 63 die Frage auf, ob der Widerstand gegen "eine Massnahme, zu deren Vollzug der Beamte befohlen ist, die aber ganz offensichtlich widerrechtlich ist", rechtmässig erfolgen kann. Eine Antwort auf diese Frage erfolgte indessen erst 24 Jahre später, in BGE 98 IV 45. Demnach ist nun eine Amtshandlung unrechtmässig, "wenn die Behörde oder der Beamte zu ihrer Vornahme sachlich und örtlich unzuständig ist, wenn wesentliche Formvorschriften nicht beachtet werden oder wenn bei Ermessensentscheidungen das Ermessen missbraucht oder überschritten wird" ²⁾. Das bedeutet aber nichts anderes, als dass neben dem bisherigen alleinigen Kriterium der Zuständigkeit des handelnden Beamten auch Form- und materielle Mängel wie Ermessensüberschreitung und Ermessensmissbrauch berücksichtigt werden. Das Bundesgericht hat es aber unterlassen, genau anzugeben, nach welchen Kriterien zu prüfen ist, wann ein Formfehler wesentlich ist bzw. wann beispielsweise ein Ermessensmissbrauch vorliegt. Gerade hier aber liegt eine Unsicherheit, die leicht durch die aufgezeigte Lösung, d.h. durch die Uebernahme der entsprechenden Lehren der Verwaltungsrechtsprechung behoben werden könnte.

Im nicht veröffentlichten, etwas missverständlich formulierten Entscheid vom 22. Mai 1978 in Sachen M. Deller gegen die Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt wich das Bundesgericht von seiner in

1) BGE 74 IV 57, 78 IV 119, 95 IV 175

2) BGE 98 IV 45

BGE 98 IV 45 begründeten Praxis nicht ab, indem es den Widerstand gegen die Aufforderung eines Polizisten, ihn auf den Posten zu begleiten, für rechtswidrig erklärte, obwohl es der Polizist vorher unterlassen hatte, sich gegenüber dem Widersetzenden genügend auszuweisen bzw. sich zu legitimieren, weil nach der verbindlichen Feststellung der Vorinstanz dem von dieser Amtshandlung betroffenen Bürger in casu genau bekannt war, dass er es mit einem Polizisten in Zivil zu tun hatte, ihm mithin die Beamteneigenschaft bekannt war. Ferner war wiederum nach der verbindlichen tatsächlichen Feststellung der Vorinstanz davon auszugehen, dass M.D. seinen Widerstand nicht wegen der mangelhaften Legitimation des Polizeibeamten bzw. des damit verbundenen Formfehlers der Amtshandlung leistete, sondern aus Angst, er werde auf dem Polizeiposten für seine Uebertretungen zur Verantwortung gezogen.

3. Teil: Die subjektiven Erfordernisse hinsichtlich
der Rechtmässigkeit der Amtshandlung

§ 7 Allgemeines

Nachdem die objektiven Voraussetzungen der Rechtmässigkeit der Amtshandlung ¹⁾ definiert wurden, gilt es nun, deren subjektiven Erfordernisse zu klären, d.h. das Wissen des Täters um die Rechtswidrigkeit der Amtshandlung. Hier findet man die Rechtsprechung mehr oder weniger geschlossen hinter einer Lösung, während man in der Literatur äusserst zerstritten ist, wobei die wohl herrschende Meinung, soweit man überhaupt von einer herrschenden Meinung sprechen kann, im Gegensatz zur Rechtsprechung steht.

Wenn hier von Lehre und Rechtsprechung die Rede ist, so handelt es sich dabei fast ausschliesslich um deutsche Autoren und um deutsche Judikatur. Während nämlich in Deutschland das Problem auf grosses Interesse stiess, - es wurden allein 15 Monographien zu diesem Thema geschrieben -, fand dieses in der Schweiz praktisch

1) Wenn ich in der Folge von der Rechtmässigkeit der Amtshandlung spreche, geschieht dies, um die mühsame Umschreibung "innerhalb der Amtsbefugnisse" zu vermeiden. Wie im vorausgehenden Kapitel gezeigt wurde, deckt sich die Gesetzesformulierung mit dem Begriff der Rechtmässigkeit.

kaum Beachtung¹⁾. Die einzige ältere Monographie zum Tatbestand der Widersetzung geht nicht auf die Problematik im subjektiven Tatbestand ein. Eine ganz neue Monographie geht erstmals auf diese Frage ein, allerdings ohne sich dem Problem ersthaft zu widmen²⁾. Max Sidler betrachtet die Rechtmässigkeit als objektive Strafbarkeitsbedingung, womit für ihn sämtliche Irrtumsprobleme gegenstandslos werden.

Welche subjektiven Erfordernisse bezüglich der Rechtmässigkeit der Amtshandlung bestehen, hängt von der Interpretation des Begriffes der Rechtmässigkeit ab. Dabei stehen mehrere Lösungen zur Verfügung. So betrachten die einen die Rechtmässigkeit als ein Tatbestandsmerkmal, andere sehen darin ein Rechtswidrigkeitsmerkmal, wieder andere funktionieren die Rechtmässigkeit in objektive Strafbarkeitsbedingungen um und schliesslich gibt es auch vermittelnde Lösungen bei denen die Rechtmässigkeit der Amtshandlung sowohl Tatbestands- als auch Rechtswidrigkeitsmerkmal ist. Jede dieser Meinungen

1) Während Schwander in seinem Lehrbuch (a.a.O. S. 487 ff) zum subjektiven Tatbestand total schweigt, drücken sich Thormann/Overbeck in ihrem Kommentar (a.a.O. Art. 285 III, C, 2.) so knapp und unbestimmt aus, dass schwer zu erkennen ist, ob die Problematik überhaupt gesehen worden ist. Einzig Hafer (a.a.O. S. 714) äussert sich klar, ohne aber auf andere Lösungsmöglichkeiten hinzuweisen oder die seine näher zu begründen; gleiches gilt für Stratenwerth (a.a.O. S. 584).

2) Max Sidler: Widersetzlichkeit und Beamtennötigung im schweizerischen Strafrecht, Diss. Zürich, 1974, S. 72 ff oder S. 91

hat namhafte Vertreter gefunden, wobei Vertreter gleicher Ergebnisse diese häufig recht unterschiedlich begründen. Der Meinungsstreit wäre von kleiner Bedeutung, wenn dies nicht zu völlig verschiedenen Lösungen führen würde.

Versteht man die Rechtmässigkeit als Tatbestandsmerkmal, so muss diese nach den allgemeinen Lehren über den Vorsatz gemäss Art. 18 StGB voll umfasst sein. Ist die Rechtmässigkeit indessen ein Rechtswidrigkeitsmerkmal, so braucht kein Vorsatz mehr vorzuliegen. Dieser hat allerdings immer noch seine Bedeutung im Rahmen der Regeln über den Verbotsirrtum¹⁾. Sieht man in der Rechtmässigkeit dagegen eine objektive Strafbarkeitsbedingung, so wird jeglicher Vorsatz bedeutungslos.

Hieraus wird deutlich, worin die praktische Bedeutung dieses Problems liegt. Je nach dem, wie man sich diesbezüglich entscheidet, erhält man für die Irrtums- und die Versuchslehre ein vollständig anderes Resultat.

Es gilt nun, diese unterschiedlichen Lösungen auf ihre Richtigkeit zu überprüfen. Dabei scheint es dem Verfasser wichtig, dass eine Lösung, die voll befriedigen soll, einerseits möglichst keine Widersprüche zu herrschenden, allgemein anerkannten und erprobten Dogmen - wie z.B. zur Irrtums- oder Versuchslehre - aufweist und sich andererseits in der Praxis bewährt, indem sie weder den betroffenen Bürger noch den Staat aufgrund von Billigkeitserwägungen einseitig belastet.

1) gemäss Art. 20 StGB

§ 8 Die Rechtmässigkeit als objektive Strafbarkeitsbedingung

8.1 Begriff der objektiven Strafbarkeitsbedingungen

In der Regel führt die tatbestandsmässige, rechtswidrige und schuldhaftige Handlung eines Täters zu seiner Verurteilung. Ausnahmsweise genügt dies nicht; es müssen noch weitere, zusätzliche Umstände vorliegen, damit es zu einer Verurteilung kommen kann. Diese Umstände liegen ausserhalb von Unrechtsbegehung und Schuld, sind aber gleichwohl eng an die Unrechtstat gebunden und daher dem materiellen Recht zuzuordnen ¹⁾.

Diese Umstände - Strafbarkeitsvoraussetzungen - lassen sich in drei Gruppen einteilen: Strafausschliessungsgründe, objektive Strafbarkeitsbedingungen und Strafaufhebungsgründe ²⁾. Die Einteilung erfolgt danach, ob der vorliegende Umstand die Strafbarkeit ausschliesst, bedingt, oder eine bereits verwirkte Strafe wieder aufhebt. Für unseren Fall sind lediglich die objektiven Strafbarkeitsbedingungen von Bedeutung und einer näheren Prüfung zu unterziehen.

Sie sind heute wie folgt definiert: "Objektive Strafbarkeitsbedingung ist der zur Bestrafung der schuldhaften Tat notwendige, deren Strafbarkeit einschränkende, ausserhalb der deliktstypischen Merkmale von Unrecht und Schuld liegende Umstand, der von Vorsatz oder Fahrlässigkeit nicht

1) Stratenwerth, Günter: Strafrecht, allgemeiner Teil, I, Die Straftat, Köln usw. 1971, S. 74/75

2) Genaue Umschreibung mit Beispielen bei Schaad, a.a.O. S. 15 ff

umfasst sein muss und der mit der schuldhaften Tat in einem unmittelbaren Zusammenhang steht." 1)

Diese Definition gestattet eine leichte Abgrenzung gegenüber anderen Merkmalen der Straftat, wie etwa den Tatbestandsmerkmalen. Die Funktion des Tatbestandes besteht im wesentlichen darin, alle Elemente zusammenzufassen, die zum Unrecht einer Tat gehören sollen. Der Täter, will man ihm das Unrecht vorwerfen, muss sich beim Vorsatzdelikt den Tatbestand vorgestellt und ihn willentlich verwirklicht haben; mit anderen Worten, sämtliche Tatbestandsmerkmale müssen vom Vorsatz erfasst sein. Zwischen Täter und Tatbestandsmerkmalen muss eine subjektive Beziehung herrschen. Ganz anders sieht es bei den objektiven Strafbarkeitsbedingungen aus. Hier ist keine subjektive Beziehung notwendig. "Objektive Strafbarkeitsbedingungen wirken durch ihr blosses, objektives Gegebensein." 2) Der Vorsatz des Täters braucht sich demnach auf diese nicht zu

1) Schaad, Pierluigi: Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen im schweizerischen Recht, Diss. Winterthur, 1964, S. 36 weitere Definition vgl. Hafter, a.a.O. S. 131, Germann: Das Verbrechen im neuen Strafrecht, Zürich 1942, S. 179 für das deutsche Recht: Schmidhäuser, Objektive Strafbarkeitsbedingungen ZStW 71, S. 558

2) Ders., a.a.O. S. 25

erstrecken ¹⁾. Der Unterschied wird damit deutlich: Tatbestandsmerkmale sind unrechtsbedeutsam, objektive Strafbarkeitsbedingungen sind für das Unrecht der Tat nicht von Bedeutung ²⁾. Daraus folgt aber auch, dass ein Irrtum des Täters über die objektiven Strafbarkeitsbedingungen unbeachtlich ist; unbeachtlich, da mit der Verwirklichung des Tatbestandes das Unrecht der Tat gegeben ist, unabhängig vom Vorliegen einer allfälligen Strafbarkeitsbedingung ³⁾. Glaubt der Täter irrtümlich, die Rechtmässigkeit der Amtshandlung fehle und liegt sie vor, dann ist er gleichwohl zu bestrafen, irrte er sich doch nur über einen unrechtsirrelevanten Umstand. Die Irrtumsregeln der Art. 19 und 20 StGB kommen nicht zur Anwendung.

8.2 Inhalt und Funktion der objektiven Strafbarkeitsbedingungen

Obwohl die Strafbarkeitsbedingungen für das Unrecht der Tat nicht von Bedeutung sind, liegt immer ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen Tat und objektiver Strafbarkeitsbedingung vor ⁴⁾. Dieser Zusammenhang ist nicht nur zu fordern, damit sich ein Unterscheidungskriterium gegenüber den Prozessvoraussetzungen ergibt,

1) vgl. Hafter, AT, a.a.O. S. 132, Germann, a.a.O. 179; dies ist richtig, aber noch nicht ausreichend

2) vgl. dazu Schultz: Besprechung von Schweikerts "Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling", ZStR 73, S. 316; Schmidhäuser, a.a.O. S. 548; Stratenwerth: Objektive Strafbarkeitsbedingungen im Entwurf eines Strafgesetzbuches 1959, ZStW 71, S. 574 und andere mehr.

3) vgl. Stratenwerth, Objektive Strafbarkeitsbedingungen, a.a.O. S. 569

4) vgl. Schmidhäuser, a.a.O. S. 558

er hat vielmehr noch eine andere Bedeutung, die direkt auf die eigentliche Funktion der Strafbarkeitsbedingung hinweist.

Da das Unrecht einer Tat gleich bleibt, unabhängig vom Vorliegen einer objektiven Strafbarkeitsbedingung, ist diese als ein zusätzliches Erfordernis für die konkrete Strafbarkeit zu betrachten. Die Frage, warum der Gesetzgeber solche zusätzlichen Erfordernisse zum gesetzlichen Tatbestand hinzuzieht, beantwortete Dreher sehr treffend: "Einzelne Tatbestände wären zu weit gefasst, als dass sie schlechthin für strafbar erklärt werden könnten. Da es dem Gesetzgeber nicht gelingt, eine engere Abgrenzung des strafwürdigen schuldhaften Verhaltens zu finden, schaltet er objektive Strafbarkeitsbedingungen ein." ¹⁾ Wenn es dem Gesetzgeber also nicht gelingt, die für die Bestrafung der Tat und für ihre Schwere entscheidenden Merkmale in den Tatbestand einzubauen, ist es legitim und opportun, objektive Strafbarkeitsbedingungen einzuführen, ²⁾ die die konkrete Strafbarkeit begrenzen. Wann und warum wird die Strafbarkeit begrenzt ?

Der Staat greift nur dann strafweise gegen eine Handlung ein, wenn dies zur Aufrechterhaltung der Rechtsordnung notwendig ist: "Das schuldhafte Verhalten allein fordert die staatliche Reaktion nicht heraus." ³⁾ Erst beim Vorliegen zusätzlicher Momente,

1) Dreher: Das dritte Strafrechtsänderungsgesetz, JZ 8 (1953) S. 426

2) vgl. Rittler: Besprechung von Bemanns "Zur Frage der objektiven Bedingung der Strafbarkeit" JZ 13 (1958) S. 189

3) Schaad, a.a.O. S. 29

bestimmter objektiver Umstände wird hier die Rechtsordnung als so schwer verletzt betrachtet, dass ein staatlicher Eingriff zur Wiederherstellung der Ordnung als notwendig erscheint.

Es stellt sich hier ein altes Problem. Eigentlich verdiente jedes rechtswidrige und schuldhafte Verhalten Strafe. Dies würde aber zu weit führen. Daher gilt es neben der Strafwürdigkeit auch die Strafbedürftigkeit zu überprüfen, also den Umstand, ob durch das Unterlassen der Bestrafung die Autorität des Rechtsstaates gewahrt bleibt ¹⁾. Damit ist auch die genaue Funktion der objektiven Strafbarkeitsbedingungen aufgezeigt: Vom schuldhaften Verhalten hängt zwar die Strafwürdigkeit ab, vom Vorliegen der objektiven Strafbarkeitsbedingungen dagegen das Strafbedürfnis ²⁾. Den meisten Tatbeständen sind keine solchen Bedingungen beigelegt; hier fallen Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit zusammen. Dies ist der Normalfall, denn in der Regel wird ein Straftatbestand ja nur geschaffen, wenn er

1) vgl. Stratenwerth, Objektive Strafbarkeitsbedingungen, a.a.O. S. 567 ff;
Sauer, Die beiden Tatbestandsbegriffe, Festschrift für Edmund Mezger München und Berlin, 1954, S. 121/122;
Goldschmidt, Materielles Justizrecht, Festgabe für Bernhard Hübler, Berlin 1905, S. 139

2) Stratenwerth, Objektive Strafbarkeitsbedingungen, a.a.O. S. 567/68;
Schulheisz, Ein neues Verbrechenmerkmal, ZStR 64 (1949) S. 346

auch strafbedürftig ist. Dass das aber nicht immer so sein muss, beweisen die objektiven Strafbarkeitsbedingungen. In diesen Fällen begrenzen sie schuldhaftes und strafwürdiges Verhalten.

Die Gründe für das Einführen objektiver Strafbarkeitsbedingungen sind meist kriminalpolitischer und prozessökonomischer Art. ¹⁾ Ohne sie würden häufig zu viele, harmlose Täter bestraft und die Strafe damit ihre Rechtfertigung verlieren ²⁾. Die Gründe für das Einführen von Strafbarkeitsbedingungen lassen sich nur den einzelnen Strafbestimmungen entnehmen. Generelle Gründe sind allenfalls: Beweisgründe, Rücksichtnahme auf internationale Beziehungen und Symptomatik für eine bestimmte Schwere der Tat ³⁾.

8.3 Die Abgrenzung der objektiven Strafbarkeitsbedingungen von den Tatbestandsmerkmalen und den Prozessvoraussetzungen

Mit der Kenntnis der Funktion der objektiven Strafbarkeitsbedingungen werden auch die Grenzen für deren Verwendung deutlich. Der Rückgriff auf die Funktion ist immer dann von Bedeutung, wenn sich weder aus der Formulierung noch aus den Materialien und der Gesetzestechnik eine eindeutige Lösung ergibt. Die Formulierung schafft häufig Unklarheiten und macht eine Abgrenzung gegenüber den Tatbestandsmerkmalen und den Prozessvoraussetzungen schwer.

1) Schmidhäuser, a.a.O. S. 561

2) vgl. Art. 214 StGB

3) Sauer, a.a.O. S. 125; Schmidhäuser, a.a.O. S. 562

Da der allgemeine Teil des StGB die objektiven Strafbarkeitsbedingungen undefiniert lässt, müssen diese im besonderen Teil des StGB bei den jeweiligen Tatbeständen "äusserlich als materiellrechtliche Einschränkungen einer im Umfange von Unrecht und Schuld voll gegebenen Strafbarkeit erkennbar werden" ¹⁾. Um im speziellen Fall zu einer eindeutigen Lösung zu kommen, gibt es mithin zwei Dinge zu beachten: korrektes Ermitteln von Sinn und Zweck der auszulegenden Bestimmung und Ueberprüfung des gefundenen Resultates im Hinblick auf die Funktion der objektiven Strafbarkeitsbedingungen. Die wichtigsten Grenzen für den Richter in der Annahme wie für den Gesetzgeber in der Verwendung von objektiven Strafbarkeitsbedingungen ergeben sich einerseits aus dem Grundsatz des Schuldprinzips und anderseits aus dem Begriffe selbst. Es dürfen nur solche Umstände als objektive Strafbarkeitsbedingungen zugelassen werden, die das Unrecht der Handlung nicht berühren, wobei die Strafeinschränkung sachbezogen sein muss.

Der häufigste Einwand, die objektiven Strafbarkeitsbedingungen stellten Ueberreste der alten Erfolgshaftung dar ²⁾ und widersprächen damit dem Schuldprinzip, ist von der Theorie her gesehen falsch. Diese Vorwürfe ergaben sich bei einzelnen gesetzlichen Bestimmungen. Die Schuld liegt dann aber nicht in der Sache, sondern beim Gesetzgeber, der die objektiven Strafbarkeitsbedingungen

1) Schaad, a.a.O. S. 37; vgl. ferner Germann, Das Verbrechen, a.a.O. S. 30

2) vgl. Hafter, Strafrecht BT, I, S. 45; Thormann/Overbeck, a.a.O. Art. 18 N 5; u.a.

manchmal missbräuchlich und entgegen ihrer eigentlichen Funktion verwendet. Missbräuchlich ist die Verwendung immer dann, wenn ein Merkmal, das zur Schilderung des Tatumrechtes gehört und daher zum Strafvolumen beiträgt, als objektive Strafbarkeitsbedingung ausgestaltet wird ¹⁾. Dies geschieht meist aus reinen Zweckmässigkeitserwägungen oder aus kriminalpolitischen Ueberlegungen. Aus der Tatsache allein, dass der Gesetzgeber oder der Richter in einzelnen Fällen den Grundgedanken der objektiven Strafbarkeitsbedingungen verletzt hat, ergibt sich aber keinesfalls, dass diese dem Schuldgrundsatz widersprechen müssten.

8. 4 Das Problem im deutschen Recht

8.4.1 Zur Entstehungsgeschichte und Gesetzesfassung

Die herrschende Meinung - vorab die Praxis des Reichsgerichtes und des Bundesgerichtshofes - betrachtet die Rechtmässigkeit der Amtshandlung als eine objektive Strafbarkeitsbedingung. Dies wird teils kriminalpolitisch, ²⁾ teils mit der Entstehungsgeschichte begründet. Dass sich aber gerade aus der Entstehungsgeschichte nichts Bestimmtes folgern lässt, ist schon oft

1) vgl. Schaad, a.a.O. S. 39; Schröder, Die Irrtumsrechtsprechung des BGH, ZStW 65 (1953) S. 188

2) dazu später, S. 78 ff

nachgewiesen worden ¹⁾ und muss daher an dieser Stelle nicht wiederholt werden. Aus den Worten des Abgeordneten Meyer: "Denn dass, wenn der Beamte richtig verfährt, jeder Widerstand strafbar sein soll, darüber herrscht kein Streit", lässt sich keine bestimmte Antwort im Hinblick auf die Gestaltung des subjektiven Tatbestandes ablesen, so wie es das Reichsgericht tut ²⁾. Es fragt sich überhaupt, ob der Entstehungsgeschichte nach über 90 Jahren noch eine Bedeutung zukommen mag ³⁾.

1) v. Streit, G.: Die Widersetzung gegen die Staatsgewalt (§ 113 RStGB), 1892, S. 108 ff;
Eberhard, Gustav: Das Verhältnis des § 113 zum § 117 StGB, Diss. Tübingen 1897, S. 67-69;

Eschenbach, Rudolf: Der Widerstand gegen die Staatsgewalt nach § 113 RStGB, Diss. Würzburg 1928, S. 39;

Lippmann, Joachim: Die Grenzen des Deliktes gegen die Staatsgewalt bei unberechtigten Eingriffen von Vollstreckungsbeamten im Rahmen des § 113 StGB's; 1929 S. 86 ff;

Zündorf, Rudolf: Der Widerstand gegen die Staatsgewalt und die Beamtennötigung im geltenden und zukünftigen Strafrecht, Diss. Köln 1934, S. 34;

Schwarzat, Ernst: Zur Auslegung des Begriffs der Rechtmässigkeit der Amtsausübung in § 113 RStGB, Diss. Köln 1932, S. 25 ff u.a.w.

2) Roxin, Claus: Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 2. Auflage. Berlin, 1970, S. 140 Anm. 276

3) BGH 12, 42/43; M.E. Meyer, a.a.O. S. 456

Der bisherige Wortlaut des § 113 liess nicht eindeutig erkennen, ob es sich bei der Rechtmässigkeit um eine objektive Strafbarkeitsbedingung handelte, während bei andern Tatbeständen, wo allgemein anerkannt objektive Strafbarkeitsbedingungen vorliegen, eine viel deutlichere Abgrenzung - meist in der Form von Bedingungsätzen - zu den Tatbestandsmerkmalen vorliegt. Diese undeutliche Formulierung bzw. die mangelhaft ausgedrückte Abgrenzung gegenüber den Tatbestandsmerkmalen stellt aber noch kein zwingendes Argument dafür dar, dass beim alten § 113 StGB nicht doch eine objektive Strafbarkeitsbedingung vorlag. Dies stand zwar im Gegensatz zu den meisten als objektive Strafbarkeitsbedingungen anerkannten Merkmalen, wo sich eine viel deutlichere Absonderung - meist in Form von Bedingungsätzen ¹⁾ - zu den Tatbestandsmerkmalen finden liess, ²⁾ stellte aber auch kein zwingendes Gegenargument dar ³⁾. Auch die Neufassung durch das 3. StrRG bezieht zu dieser alten Streitfrage keine ausdrückliche Stellung ⁴⁾. Aus der Tatsache, dass in Abs. 1 die Frage der Rechtmässigkeit nicht mehr erwähnt wird, sondern lediglich in Abs. 3 Strafflosigkeit eintritt für den Fall, dass die Amtshandlung unrechtmässig war, kann man aber eindeutig schliessen, dass der Gesetzgeber die Rechtmässigkeit der

1) vgl. Schaad, S. 37, insbesondere auch die Anm. 75 und 76

2) z.B. § 104 a, §§ 170, 172, 186, 210 StGB

3) Gossmann, S. 33

4) Schönke/Schröder, S. 956 I 1.

Amtshandlung nicht als Tatbestandsmerkmal verstanden haben will. Derselbe Gesetzgeber ordnet in Abs. 4 an, dass bei einem allfälligen Irrtum über die Rechtmässigkeit der Amtshandlung die Grundsätze des Verbotsirrtums zur Anwendung gelangen sollen. Durch diese Sonderregelung wird ein grosser Mangel, der sich durch die Annahme einer objektiven Strafbarkeitsbedingung ergibt, behoben.

Ob es sinnvoll und dogmatisch vertretbar ist, die Rechtmässigkeit der Amtshandlung als eine objektive Strafbarkeitsbedingung anzusehen, ergibt sich, wenn man den Zusammenhang zu den allgemeinen Lehren herstellt.

8.4.2 Die Rechtmässigkeit der Amtshandlung als objektive Strafbarkeitsbedingung im System der allgemeinen Lehren

Wäre die Rechtmässigkeit der Amtshandlung tatsächlich eine objektive Strafbarkeitsbedingung, hätte dies zur Folge, dass jeder Irrtum des Täters über die Rechtmässigkeit unbeachtlich wäre. Der Täter, der im besten Glauben, es liege eine fehlerhafte bzw. unrechtmässige Amtshandlung vor, einer in Wirklichkeit rechtmässigen Amtshandlung Widerstand leistet, würde bestraft, während derjenige, der eine unrechtmässige Amtshandlung fälschlicherweise als rechtmässig anschaut und sich dennoch im subjektiven Bewusstsein seines "unrechtmässigen Handels" zur Wehr setzt, straflos ausginge. Derjenige der unter Umständen mit guten Gründen irrt und sich zur Wehr setzt, würde bestraft. Der andere

jedoch, der es offensichtlich auf einen Gesetzesbruch abgesehen hat, wäre freizusprechen.

Eine solche Lösung ist unhaltbar, widerspricht sie doch dem Schuldprinzip. Zudem schafft eine solche Lösung Unsicherheiten und Misstrauen beim Bürger, da der von der Amtshandlung Betroffene das ganze Risiko zu tragen hat, wenn er sich zum Widerstand entschliesst.

Eine Vertrauensbasis zwischen Bürger und Staat ist gerade hier, wo der Staat dem Bürger direkt gegenüber steht bzw. in seine persönlichen Rechte und Freiheiten eingreift, unbedingt notwendig. Versucht der Staat aus Opportunitätsgründen sich hier mittels einer objektiven Strafbarkeitsbedingung zu Lasten des Bürgers, der das gesamte Risiko eines allfälligen Widerstandes zu tragen hätte, besser zu stellen, entstehen auf Seiten des Bürgers Misstrauen, Aggressionen und Angst. So befürchtet Bemann, dass durch die Annahme einer Strafbarkeitsbedingung der autoritäre Polizeistaat seine Auferstehung feiern würde, ¹⁾ und Binding meint vorsichtiger, man rette damit zum mindesten ein Stück vom alten Polizeistaat ²⁾, ³⁾. Diese Ansichten gehen

-
- 1) Bemann, Günter: Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, Göttinger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 20, Göttingen 1957, S. 33
- 2) Binding, Karl: Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Bes. Teil, 2. Bd., 2. Abt. 1905, S. 778/9
- 3) vgl. dazu auch die Ansicht von Eberhard Schmidhäuser, a.a.O. S. 548/9

meiner Ansicht nach etwas zu weit, denn der Rechtsstaat steht und fällt nicht mit der Beantwortung dieser Frage, sonst stünde er wahrlich auf schwachen Füßen ¹⁾. Dagegen scheint es mir, dass die Annahme einer Strafbarkeitsbedingung dem Vertrauen des Bürgers in den Staat nicht eben förderlich ist. Vertrauen ist aber gerade in diesem Falle, wo der Bürger in der Regel doch meist einen massiven Eingriff in seine Rechte erdulden muss, ²⁾ wichtig.

Die störende Konsequenz, dass mit der Annahme einer objektiven Strafbarkeitsbedingung für die Rechtmässigkeit der Amtshandlung jeglicher Widerstand gegen eine rechtmässige Amtshandlung tatbestandsmässig wird, versuchen aus diesem Grunde manche Autoren dadurch zu mildern, dass sie in der unrechtmässigen Amtshandlung einen rechtswidrigen Angriff sehen. In solchen Fällen würde der Widerstand zur Notwehrhandlung und wäre dann durch § 53 StGB gedeckt ³⁾. Dies führt aber zu einem äusserst widersprüchlichen Resultat, wobei der Widerspruch nicht einmal versteckt sondern augenfällig zutage tritt.

Ist die Rechtmässigkeit der Amtshandlung objektive Strafbarkeitsbedingung, dass ist sie sowohl für den Tatbestand als auch für die Rechtswidrigkeit des Widerstandes ohne Bedeutung. Sie kann dann aber auch nicht

1) vgl. ferner Maurach, a.a.O., S. 552, 3

2) vgl. Hegnauer, a.a.O., S. 101

3) vgl. Maurach, B.T. S. 552, Mezger, II; § 82 III 3; Schönke/Schröder, 17. A., § 113, X; aber auch der Bundesgerichtshof BGH 4, 161/163/164, anderer Meinung deutlich Schmidhäuser, a.a.O. S. 549

über das Vorliegen von Notwehr entscheiden, weil sie ja sonst doch die Rechtswidrigkeit der Tat bestimmen würde ¹⁾. "Gerade und nur in der Unrechtmässigkeit der Amtsausübung kann aber die Rechtswidrigkeit des Angriffs liegen." ²⁾ Der enge Zusammenhang zwischen Widerstandsdelikten und Notwehr wurde schon früher näher dargelegt, und es muss daher nicht nochmals darauf eingegangen werden ³⁾.

Bei verschiedenen Vertretern einer objektiven Strafbarkeitsbedingung ist dies aber noch nicht der letzte Widerspruch. Indem sie nämlich jeglichen Irrtum über die Rechtmässigkeit der Amtsausübung für unerheblich erklären ⁴⁾ und anderseits Notwehr zulassen, geraten sie in eine weitere Schwierigkeit. Wenn sie bei objektiv fehlender Rechtmässigkeit Notwehr annehmen,

-
- 1) Schaad, a.a.O. S. 99; Gassmann, a.a.O. S. 35; Schröder, a.a.O. S. 187 ff; Bemann, S. 33; Werner Niese: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, JZ 10 (1955) S. 326/27; Bockelmann, Paul: StrR Kommission, Bd. 5, S. 238
- 2) Gassmann, S. 35/36
- 3) vgl. § 3, 3.2
- 4) Maurach, S. 552/53; Schönke/Schröder, § 113, X.17. A., Reichsgericht RG 55, 161 (166); 67, 337 (341); u.a.m. Der Bundesgerichtshof hielt einen Tatbestandsirrtum (§ 59 StGB) stets und Verbotsirrtum immerhin regelmässig für ausgeschlossen. Diese Härten sind nun allerdings durch das 3. StrRG mit der Sonderregelung in Abs. 4 der Neufassung des § 113 gemildert worden, indem ein Irrtum bezüglich der Rechtmässigkeit gemäss den Grundsätzen des Verbotsirrtums berücksichtigt werden kann. Der Widerspruch ist damit allerdings nicht behoben.

müssten sie logischerweise für die Fälle, wo der Täter die Rechtmässigkeit als nicht gegeben sieht, auf Putativnotwehr erkennen ¹⁾. Dem Täter, der irrtümlich glaubt, dass die Amtshandlung unrechtmässig sei und der sich somit von einem widerrechtlichen Angriff bedroht fühlend im angemessenen Rahmen zur Wehr setzt und Widerstand leistet, müsste sein Irren angerechnet werden, da ein solcher Irrtum ganz allgemein für erheblich angesehen wird, sei es als Tatbestands-, sei es als Verbotsirrtum. Auf die schwierige Frage, die sich durch die Annahme einer objektiven Rechtfertigungslage ergibt, die wohl zu den "gegenwärtig umstrittensten der strafrechtlichen Irrtumslehre gehört", ²⁾ kann hier nicht eingetreten werden. Weitgehende Einigkeit besteht aber darin, dass ein solcher Irrtum auf jeden Fall von Bedeutung ist, wenn man sich auch streitet, ob er nun nach den Grundsätzen des Tatbestands- oder des Verbotsirrtums zu beurteilen ist ³⁾.

1) Gleicher Ansicht, M.E. Mayer, a.a.O. S. 455; Eulambio Demetrius: Der rechtswidrige Befehl und der Widerstand gegen die Staatsgewalt, insbesondere nach dem § 113 des Reichsstrafgesetzbuches, Diss. Heidelberg 1914, S. 74; Gassmann, S. 36

2) Stratenwerth: Strafrecht, Allgemeiner Teil I, a.a.O. S. 519

3) vgl. zur gesamten Problematik: Stratenwerth, Strafrecht, AT I 516-524. Für das schweizerische Strafrecht: Früh, Walo: Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes, Diss. Winterthur, 1962

Zusammenfassend lässt sich sagen: ist die Rechtmässigkeit der Amtsausübung eine objektive Strafbarkeitsbedingung, dann ist jedweder Widerstand tatbestandsmässig und rechtswidrig, aber unter Umständen straflos. Dies ist ein unhaltbares Resultat ¹⁾. Versucht man indessen die störenden Konsequenzen dadurch zu mildern, dass man die Notwehr zulässt, gibt man seine Basis, den Ausgangspunkt preis. Der Widerspruch wird vollends perfekt, wenn man dann aber die Möglichkeit der Putativnotwehr ablehnt. Eine solche widerspruchsvolle Konstruktion kann nur abgelehnt werden.

Auch die "Lösung" der Neufassung kann nicht befriedigen. Hier werden die Widersprüche, die sich durch das Nebeneinander von objektiver Strafbarkeitsbedingung und Notwehr und durch das Negieren der Putativnotwehr ergeben, dadurch zu beheben versucht, indem man die gesamte Problematik dem Bereich der allgemeinen Lehren entzieht und für das Widerstandsdelikt eine Sonderregelung schafft. Man spricht in der Folge nicht ausdrücklich von objektiver Strafbarkeitsbedingung, sondern lässt lediglich in Abs. 1 das Wort "rechtmässig" weg, was aber im Effekt wohl auf das Gleiche herauskommt ²⁾. Man

1) Die Neufassung des § 113 durch das 3. StrRF scheint sich aber, wenngleich auch nicht ausdrücklich zum Problem Stellung bezogen wird, durch die Tatsache, dass in Abs. 1 die Rechtmässigkeit nicht mehr erwähnt wird, und damit jeder Widerstand gegen Amtshandlungen den Tatbestand erfüllt, sowie durch den Abs. 3, der Straffreiheit anordnet für den Fall, dass die Amtsausübung widerrechtlich war, eben für diese Lösung zu entscheiden.

2) vgl. Anm. 2 sowie Schönke/Schröder, § 113, I, 17. A.

spricht nicht mehr von Notwehr, sondern lässt in einem besonderen Abs. 3 für den Fall, dass die Amtsausübung unrechtmässig war, Straffreiheit eintreten. In einem weiteren Absatz, dem Abs. 4, findet sich dann eine Sonderregelung, um dem Irrtum des Täters über die Rechtmässigkeit der Amtshandlung Rechnung zu tragen, ohne die heikle Situation der Putativnotwehr zu beschwören. Wie an späterer Stelle gezeigt werden wird, ist es indessen nicht notwendig, die Lösung in einer Sonderregelung zu finden. Vielmehr wird eine Möglichkeit aufgezeigt werden, die bei voller Wahrung der Interessen des Staates gleichwohl im Einklang mit den allgemeinen Lehren ist, was zweifellos einen Vorteil darstellt.

8.4.3 Das Opportunitätsprinzip

Dass die Entstehungsgeschichte zum § 113 StGB nicht überzeugt, wurde an früherer Stelle gezeigt ¹⁾. Dass sich die Rechtmässigkeit der Amtshandlung als objektive Strafbarkeitsbedingung im Zusammenhang mit den allgemeinen Lehren nicht verträgt, ist soeben dargestellt worden. Trotzdem ist das Problem noch nicht erschöpfend behandelt, gilt es doch noch auf ein wichtiges Argument der Vertreter einer Strafbarkeitsbedingung einzugehen: den Gesetzeszweck oder mit anderen Worten das Argument, dass nur bei der Annahme einer objektiven Strafbarkeitsbedingung der Schutz der Amtshandlung und damit das reibungslose Funktionieren des Staates überhaupt gewährleistet wird.

1) S. 82 ff und Zitate

Zweifellos ist der Beamte bei seiner Tätigkeit besser geschützt, wenn der Widerstand Leistende die Rechtmässigkeit der Amtshandlung nicht zu kennen hat. Darin sind sich wohl auch alle einig. Folgt man diesem Gedankengang konsequent, kommen einem bald gewisse Bedenken. Der Schutz des Beamten liesse sich ja dann noch besser gestalten, wenn man auch die Kenntnis der Beamteneigenschaft oder gar der Amtshandlung als solcher fallenliesse ¹⁾: der Täter brauchte dann nicht mehr zu wissen, dass vor ihm ein Beamte steht und eine Amtshandlung ausführt. Der Schutz der Amtshandlung wäre so optimal.

Damit wird aber gleichzeitig deutlich, dass dies nicht die Lösung sein kann. Der Tatbestand würde dermassen entleert, dass man guten Gewissens nicht mehr von einem solchen sprechen dürfte. Der Gesetzeszweck würde sich gegen jedes Vorsatzerfordernis richten. Dieses Denken, den Vorsatz möglichst eng einzuschränken oder gar auszuschalten, widerspräche dem Schuldprinzip, wonach nur die vorsätzliche, widerrechtliche und schuldhaft (vorwerfbare) Tat eine Strafe zu rechtfertigen vermag. Diesem Schuldprinzip wird von der deutschen wie von der schweizerischen Rechtsprechung nachgelebt. Die damit verbundene Einschränkung der Strafbarkeit nahm und nimmt man stets bewusst in Kauf.

Damit drängt sich die Frage auf, ob das Widerstandsdelikt von solch überragender Bedeutung ist, um das Schuldprinzip zu negieren ? Dies kann nicht der Fall sein. Die gesamten Verbrechen und Vergehen gegen den Staat, die für diesen in seiner Existenz wie in seinem

1) Roxin, S. 141, Gassmann, S. 38

Funktionieren eine sicher viel grössere Bedrohung und Gefahr darstellen, ¹⁾ verlangen ausnahmslos die Schuld des Täters und damit auch dessen vorsätzliches Handeln ²⁾. Es kann von dieser Seite her also nicht glaubwürdig erscheinen, ausgerechnet die Widersetzungsdelikte mit den viel leichteren Strafandrohungen mit der folgen-schweren, das Schuldprinzip negierenden, objektiven Strafbarkeitsbedingung auszustatten.

Die Argumentation des Reichsgerichtes mit der unbedingten Gehorsampflicht gegenüber rechtmässigen Amtshandlungen ³⁾ bringt keinen entscheidenden Gesichtspunkt. Auch ohne objektive Strafbarkeitsbedingung ist die Gehorsampflicht, die unbedingte Unterwerfung unter die rechtmässige Amtshandlung voll gewährleistet, denn dazu ist der Bürger verpflichtet, auch dann, wenn man die Rechtmässigkeit als Tatbestands- oder Rechtspflichtmerkmal versteht. Dies alles ist im objektiven Bereich des Tatbestandes bereits festgelegt und hat keinen Einfluss mehr auf die subjektive Frage, ob ein Täter für seine zwar rechtswidrige Handlung, trotz fehlender Schuld, bestraft werden soll ⁴⁾.

Auch der Einwand, ohne objektive Strafbarkeitsbedingung könne die Entschlusskraft der Beamten stark gehemmt werden, ⁵⁾ da deren Fehlen bewirken könnte, dass die Widersetzung rechtmässig wird und sie sich daher Angriffen ausgesetzt sähen, ist nicht stichhaltig und

1) vgl. die viel schwereren Strafandrohungen

2) Für die Schweiz: Art. 265-271 StGB, für Deutschland die Delikte des 1.-3. Abschnittes des besonderen Teiles, insbesondere die §§ 80, 83 StGB

3) RG, 2, 423/25; 22, 301; 47, 280; 72, 301 u.a.m.

4) vgl. dazu auch BGH 4, 162 und die Kritik von Niese, JZ 55, S. 326 ff

5) BGH 4, 164

beruht auf derselben Vermengung von objektivem und subjektivem Tatbestand. Wie schon an früherer Stelle gezeigt wurde, schadet in der Regel ein Fehler des Beamten sowohl bei der unmittel- wie bei der mittelbaren Rechtsanwendung der Amtshandlung als solcher nicht. Erst wenn der Fehler katastrophalen Umfang annimmt, so dass die Amtshandlung als nichtig betrachtet werden muss, wird ein Widerstand rechtmässig ¹⁾.

Damit dürfte feststehen, dass auch vom Gesetzeszweck her die Annahme einer objektiven Strafbarkeitsbedingung nicht gerechtfertigt ist, zumal der Zweck, wie später gezeigt wird, auch auf anderem Wege, ohne Nachteile und Widersprüche zur Dogmatik, genauso gut erreicht werden kann.

8.5 Die Rechtmässigkeit der Amtshandlung als objektive Strafbarkeitsbedingung in den schweizerischen Widerstandsdelikten

Was im Zusammenhang mit dem deutschen Widerstandsdelikts, dem § 113 StGB, ausgeführt wurde, gilt ausnahmslos auch für die schweizerischen Widerstandsdelikte. Vorab die Widersprüche, die mit der Annahme von objektiven Strafbarkeitsbedingungen im Zusammenhang mit den allgemeinen Lehren auftreten würden, sind dieselben. Man kommt daher zwangsläufig zum gleichen Schluss. Die Ausführungen zur deutschen Formulierung und Entstehungsgeschichte haben hier natürlich keine Geltung. Es ist aber nicht notwendig, auf diese Fragen speziell noch einmal einzugehen, da sich bei uns - im Gegensatz zu Deutschland - nie eine Anhängerschaft für eine

1) vgl. 2. Teil dieser Arbeit

objektive Strafbarkeitsbedingung fand.

Neuerdings plädiert Sidler in seiner Monographie zu den Art. 285/286 StGB für eine objektive Strafbarkeitsbedingung. Auch er argumentiert wie die deutschen Vertreter dieser Lehre allein vom Zweck her ¹⁾. Dass seine Meinung, wonach mit der Ausgestaltung der Rechtmässigkeit der Amtshandlung als objektive Strafbarkeitsbedingung eine vernünftige Mittellösung zwischen den Interessen des unmittelbar betroffenen Bürgers und des Staates bzw. dessen Vollzugsorganen gefunden ist, nicht zutrifft, wurde bereits an früherer Stelle eingehend nachgewiesen ²⁾ und bedarf daher keiner weiteren Erläuterungen mehr.

Es lässt sich meiner Ansicht nach auch bei uns nichts aus der Entstehungsgeschichte ablesen, was zu einer derartigen Annahme führen könnte. Aus dem späteren Weglassen des zunächst angenommenen Absatzes von Ober-richter Lang: "War die Amtshandlung sachlich ungerechtfertigt, so kann der Richter die Strafe nach freiem Ermessen mildern oder von einer Bestrafung ganz absehen.", lassen sich keinerlei Schlüsse auf den subjektiven Tatbestand ziehen ³⁾. Die ganze Problematik spielt sich im objektiven Bereich ab und dreht sich um die Frage, wann allenfalls strafloser Widerstand geleistet werden kann ⁴⁾.

1) Sidler, a.a.O. S. 85 ff

2) vgl. S. 86 ff

3) Prot. 2. Exp. Kom. V 167 ff, VI 73 ff

4) vgl. auch Hegnauer, S. 106

Im übrigen finden sich im schweizerischen Recht von der einen Ausnahme abgesehen keine Vertreter einer objektiven Strafbarkeitsbedingung für die Rechtmässigkeit der Amtshandlung. Schaad, ¹⁾ der in seiner speziellen Monographie das ganze Strafgesetzbuch nach Strafbarkeitsbedingungen untersuchte, wurde an dieser Stelle zu Recht nicht fündig. Es finden sich lediglich Autoren, die sich für ein Tatbestandsmerkmal aussprechen ²⁾ und damit deutlich Stellung gegen eine objektive Strafbarkeitsbedingung beziehen. Ihre Meinungen begründen sie allerdings nicht näher.

Unter Berücksichtigung all dessen, was bereits zum deutschen Recht ausgeführt wurde, lässt sich sagen, dass die Annahme einer objektiven Strafbarkeitsbedingung für die Rechtmässigkeit der Amtshandlung auch für das schweizerische Recht mit Sicherheit nicht die richtige Lösung sein kann.

1) Schaad, Pierluigi, a.a.O. S. 52 ff

2) Hafer, a.a.O. S. 714; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht Bes. Teil, II, S. 584

§ 9 Die Rechtmässigkeit der Amtshandlung als Tatbestandsmerkmal oder Rechtfertigungsgrund

9.1 Begriff des Tatbestandes

Die Problematik macht es nötig, näher auf die Tatbestandslehre bzw. den Begriff des Tatbestandes einzugehen. Wir begnügen uns dabei mit der gegenwärtigen Situation, da es einerseits den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde, und wir andererseits auch nicht auf wesentliche, zusätzliche Erkenntnisse stossen, wenn wir eine ins Detail gehende Geschichte der Tatbestandslehre entwickelten ¹⁾. Wenn in der Folge vom Tatbestand die Rede ist, handelt es sich dabei um den Tatbestand im engeren Sinne, oder um den sog. Leitbildtatbestand ²⁾.

Der Tatbestand umschreibt das verbotene Verhalten, auf das sich eine Strafandrohung bezieht. Erfüllt eine Handlung alle Anforderungen eines Tatbestandes, nennt man sie tatbestandsmässig. Das bedeutet, dass dieses Verhalten den strafrechtlichen Normen widerspricht, sagt aber noch gar nichts über die Vorwerfbarkeit aus, also darüber, ob schuldhaft gehandelt worden ist. Der Tatbestand äussert sich somit lediglich zum Unrecht einer Handlung, schweigt sich aber über die Schuld des Täters aus.

1) Eine ausführliche Darstellung findet sich bei Schweikert: Die Wandlung der Tatbestandslehre seit Beling, 1957; geraffter, aber immer noch sehr instruktiv Roxin, Offene Tatbestände, a.a.O. S. 34 ff

2) vgl. Noll, Peter: Vorlesungsskriptum, Strafrecht I, Zürich 1974, S. 25

Hier setzt nun die Kontroverse ein: umschreibt der Tatbestand s ä m t l i c h e Umstände für das Unrecht einer Handlung, oder erstreckt er sich lediglich auf jene, die es b e g r ü n d e n ? Zwei Auffassungen stehen sich gegenüber.

Die einen sehen schon im alleinigen Verletzen der Norm (eines strafrechtlichen Gebotes oder Verbotes) einen selbständigen Akt, da tatbestandsmässiges Handeln regelmässig schwerwiegend aus der normalen, sozialen Ordnung herausfällt ¹⁾. Selbst wenn ein solches Verhalten unter besonderen, genau bestimmten Umständen erlaubt sein kann, unterscheidet es sich stark von Verhaltensweisen, die von vornherein durch keinen Straftatbestand erfasst und missbilligt werden. Der Tatbestand erfüllt daher seine eigene Funktion, indem er die Merkmale bezeichnet, die ein Verhalten als "normwidrig" erscheinen lassen und damit das Unrecht begründen ²⁾. Daraus ergibt sich der klassische, dreiteilige Verbrechensaufbau mit Tatbestandsmässigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld.

Die anderen sehen die Verbots- oder Gebotsnormen und die Erlaubnissätze als eine Einheit an. Sie setzen eine im Einzelfall gerechtfertigte, an sich aber verbotene Handlung dem Verhalten, das überhaupt nicht gegen eine Strafrechtsnorm verstösst, gleich. Sie sprechen daher von positiven und negativen Tatbestandsmerkmalen, wobei unter letzteren das Fehlen eines Rechtfertigungsgrundes verstanden wird. Im Resultat ergibt das einen

1) Welzel, Hans: Das neue Bild des Strafrechtssystems, 4. Aufl. 1961, S. 22 ff

2) Stratenwerth: Strafrecht, AT, S. 67, 177

Verbrechensaufbau, aufgeteilt in Unrechtstatbestand und Schuld. Diese Lehre berücksichtigt vielleicht zu wenig das Prinzip der Regel-Ausnahmesituation ¹⁾. Dass dem Bürger, dem ja grundsätzlich jede Handlung erlaubt ist, die nicht ausdrücklich mit einem Verbot belegt wurde, ein bestimmtes verbotenes Verhalten ausnahmsweise erlaubt wird, ist zweifellos als Sonderfall zu betrachten und hebt sich vom übrigen, generell erlaubten Tun des Bürgers ab.

Für den Verbrechensaufbau ist der Zwist indessen bedeutungslos. Auch die "Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen" kann nicht umhin, sich des Tatbestandes im konventionellen Sinne zu bedienen, indem immer zuerst abgeklärt werden muss, ob die positiven Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, ehe man sich den negativen zuwenden kann. Der Aufbau bleibt somit allemal gewahrt. Mit vollem Recht schreibt Stratenwerth daher: "Beide Auffassungen lassen sich, obwohl das immer wieder bestritten worden ist, ohne innere logische Widersprüche durchführen ..., denn in der Sache selbst geht es, entgegen dem äusseren Anschein, nicht um eine wirkliche Alternative" ²⁾. In der Tat lässt sich sogar sagen, dass der Tatbestand die Rechtswidrigkeit *i n d i z i e r e*, ³⁾ denn er erfasst ja nur unrechtmässiges Verhalten. Andererseits kann man Tatbestand und Rechtfertigungsgründe als Einheit betrachten, stellt doch die Handlung, die zwar einen Tatbestand

1) Schultz, Hans: Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, Bern, 1973, Erster Band, S. 157

2) Stratenwerth: Strafrecht AT, S. 68

3) vgl. z.B. Noll, Skript, a.a.O. S. 41

erfüllt, aber nicht als rechtswidrig befunden wird, genauso wenig ein Unrecht dar, wie die nicht tatbestandsmässige. Da sich keine wesentlichen Unterschiede ergeben, in der Theorie wie in der Praxis indessen der dreistufige Verbrechensaufbau mit dem entsprechenden Tatbestandsbegriff dominiert, sieht auch der Verfasser daher keinen stichhaltigen Grund von diesem abzuweichen.

Bei dieser Begriffsdefinition kann es nun im Einzelfalle zweifelhaft sein, wie ein bestimmtes Merkmal einzuordnen ist, mit anderen Worten, welcher Stufe es zuzuordnen ist. Besonders im Bereich der Irrtumslehre können konkrete Probleme auftauchen. Es sind dies aber nicht spezifische Probleme des unterschiedlichen Verbrechensaufbaus, sondern solche, die sich aus der allgemeinen Schwierigkeit, das "strafrechtlich bedeutsame Unrecht überhaupt sachgemäss abzugrenzen", ¹⁾ ergeben. Die richtige Lösung ergibt sich jeweils im Einzelfall.

9.2 Begriff der Rechtswidrigkeit

Aus dem Vorhergegangenen lässt sich der Begriff deutlich ablesen. Folgt man dem dreistufigen Verbrechensaufbau, der den Tatbestand nur unrechtsbegründende Tatmerkmale umfassen lässt, definiert sich die Rechtswidrigkeit als selbständige Stufe, die sämtliche Voraussetzungen eines Unrechtsausschlusses enthält. Diese Erlaubnissätze, die an sich strafbares Handeln unter besonderen Umständen, genau bestimmten Voraussetzungen,

1) Stratenwerth, a.a.O. S. 69

gestatten, heissen Rechtfertigungsgründe ¹⁾. Rechtswidrig ist somit eine tatbestandsmässige Handlung immer erst dann, wenn keine Rechtfertigungsgründe vorliegen.

Bei den Anhängern eines zweistufigen Verbrechensaufbaues fällt die Rechtswidrigkeit als selbständige Stufe weg. Die Rechtfertigungsgründe stellen innerhalb eines Gesamttatbestandes dessen negative Tatbestandsmerkmale dar.

Dass es im Einzelfall sehr schwer sein kann, ein bestimmtes Merkmal der einen oder anderen Stufe, dem Tatbestand oder der Rechtswidrigkeit, zuzuweisen, wurde bereits ausgeführt. Dies gilt besonders bei der Rechtmässigkeit der Amtshandlung. Auch hier ist es nicht leicht zu entscheiden, ob es sich nun um ein Tatbestandsmerkmal oder um einen Rechtfertigungsgrund handelt.

9.3 Die Rechtmässigkeit der Amtshandlung als Rechtfertigungsgrund

Möchte man die Rechtmässigkeit der Amtsausübung nicht als Tatbestandsmerkmal erscheinen lassen, erreicht man dies am ehesten dadurch, dass man das Widerstandsdelikt in zwei Absätzen formuliert. Die "Hinderung einer Amtshandlung" gemäss Art. 286 StGB würde danach beispielsweise wie folgt lauten:

Abs. I Wer eine Behörde, ein Mitglied einer Behörde oder einen Beamten an einer Amtshandlung hindert, wird mit ... bestraft.

1) in der deutschen Doktrin häufig auch Unrechtsausschliessungsgründe genannt

Abs. II Diese Hinderung ist nicht rechtswidrig, wenn die Amtshandlung der Behörde etc. nicht innerhalb der entsprechenden Amtsbefugnis stattgefunden hat.

Eine solche Formulierung entspräche den Beziehungen zwischen den Tatbeständen und der Rechtswidrigkeit. Für die These indessen, dass die Rechtmässigkeit kein Tatbestandsmerkmal, sondern die Unrechtmässigkeit eben ein Rechtfertigungsgrund sei, stellt die Möglichkeit einer Aufspaltung in die zwei vorliegenden Absätze aber keinerlei positiven Beweis dar. Ganz generell lässt sich nämlich sagen, dass immer, wenn ein Merkmal zum Tatbestand gehört, sich "auch das Nichtvorliegen dieses Merkmals oder das Vorliegen des gegenteiligen Merkmals als Rechtfertigungsgrund konstruieren lässt" ¹⁾. Die Aufspaltung in die zwei Absätze vermag aber dafür den Beweis, dass es sich bei der Rechtmässigkeit nicht um einen reinen Rechtfertigungsgrund handeln kann, zu erbringen.

Der zweite Absatz beschreibt nämlich deutlich eine Ausnahmesituation, wie sie bei allen Rechtfertigungsgründen vorliegt. Ausnahmen haben indessen nur im Bezug auf eine Regel einen Sinn. Die Regel in unserem Falle aber wäre doch die, dass der Tatbestand, wie er im ersten Absatz vorliegt, die Rechtswidrigkeit begründen würde, wäre doch andernfalls der folgende Absatz II überflüssig.

1) Gassmann, J., a.a.O. S. 42

Der Tatbestand in Absatz I ohne den Zusatz der Rechtmässigkeit würde aber jeglichen Widerstand unter Strafe stellen. Eine solche Auffassung huldigt der Theorie vom absoluten Gehorsam ¹⁾ und ist in dieser reinen Form schon seit langem aufgegeben worden. Der Tatbestand gemäss Absatz I stünde somit im Widerspruch zur Rechtsordnung, denn nach der Absicht des Gesetzgebers ist ausschliesslich der Widerstand gegen die rechtmässige Amtshandlung, bzw. gegen die Handlung, die "innerhalb der Amtsbefugnisse" liegt, unter Strafe zu stellen.

Im weiteren wäre bei dieser Auffassung Absatz II überflüssig, da schon die allgemeinen Notwehrregeln den genau gleichen Effekt erzielen. Amtshandlungen im Sinne der Art. 285/286 StGB stellen in der Regel ernste Eingriffe in die Rechtsgüter der Bürger dar, sei es in die Freiheit der Person, sei es in deren Eigentum. In jedem Falle läge ein widerrechtlicher Angriff im Sinne des Art. 33 StGB vor ²⁾.

Aus dieser Sicht wird deutlich, dass die Rechtmässigkeit der Amtshandlung in jedem Falle zum Tatbestand

1) vgl. S. 2 ff

2) Hegnauer, C.: a.a.O. S. 103: "Infolgedessen besteht aber auch kein Unterschied zwischen einer in die Freiheit des Bürgers eingreifenden Handlung eines Beamten, die ausserhalb seiner Amtsbefugnisse liegt (Art. 285/286 StGB) und einem von einem Beamten ohne Recht geführten Angriff auf einen Bürger (Art. 33)."

gehören muss, da dadurch der Tatbestand erst sinnvoll eingeschränkt wird. Andernfalls gelangte man zum seltsamen Resultat, einen Widerstand gegen eine unrechtmässige Amtshandlung als tatbestandsmässig zu erklären, obgleich in jedem dieser Fälle nachher die Rechtswidrigkeit verneint werden müsste. Eine solche Lösung wäre ähnlich sinnlos, wie beispielsweise beim Art. 137 StGB das Merkmal "fremd" wegzulassen, also generell das Wegnehmen einer Sache für tatbestandsmässig zu erklären, um in einem zweiten Absatz die Rechtswidrigkeit auszuschliessen für den Fall, dass es sich nicht um eine fremde Sache handelte.

Aus all diesen Gründen folgt, dass für eine sinnvolle Tatbestandsumschreibung auf das Merkmal der Rechtswidrigkeit nicht verzichtet werden kann. Die Annahme eines reinen Rechtswidrigkeitsmomentes würde dem Tatbestand ein wichtiges Merkmal entziehen, ja den Tatbestand gleichsam entleeren ¹⁾.

Die Neufassung des § 113 durch das 3. StrRG scheint aber auf den ersten Blick gerade den vorhin abgelehnten Weg zu beschreiten. Auch wenn zur Streitfrage, ob es sich nun bei der Rechtmässigkeit der Amtsausübung um eine objektive Strafbarkeitsbedingung, ein Rechtspflichtmerkmal, ein Rechtswidrigkeitsmoment oder aber um ein Tatbestandsmerkmal handelt, positiv keine ausdrückliche Stellung bezogen wird, ²⁾ lässt doch die Tatsache, dass im eigentlichen Tatbestand, dem Abs. 1, die Rechtmässigkeit nicht mehr erwähnt ist, dafür aber ein weiterer

1) vgl. dazu auch Roxin, a.a.O. S. 133

2) Schönke/Schröder, 17. A., S. 806, I, 1

Absatz, der Abs. 3, Strafflosigkeit eintreten lässt für den Fall, dass es sich bei der Amtshandlung um keine rechtmässige handelt, den ziemlich sicheren Schluss zu, dass sich hier der Gesetzgeber mindestens gegen ein Tatbestandsmerkmal entschieden hat ¹⁾. Satz 2 in Abs. 3 wäre andernfalls schwer verständlich.

Abs. 1 stellt somit den Widerstand gegen jegliche Amtshandlung unter Strafe, es sei denn, man verstehe den Abs. 3 als Bestandteil von Abs. 1, was zwar sinnvoll, aber wohl deutlich gegen den Sinn des Gesetzgebers wäre. Nicht entschieden ist die Frage, ob sich Abs. 3 nun als objektive Strafbarkeitsbedingung oder als Rechtswidrigkeitsmoment versteht, ²⁾ auch wenn Satz 2 in Abs. 3 eher den Schluss auf ersteres nahelegt. Die Annahme eines Rechtswidrigkeitsmomentes würde ja eine spezielle Irrtumsregelung, wie sie Satz 2 enthält, überflüssig machen, da ja ein "normaler" Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund vorläge, der keiner gesetzlichen Spezialregelung bedarf, sondern je nach Art des Irrtums bzw. der Vorstellung des Täters über die Grundsätze des Verbots- oder Tatbestandsirrtums, also im schweizerischen Strafrecht über Art. 19 oder 20 StGB zu lösen wäre.

1) Schönke/Schröder, 17.A., S. 811, VIII, 24

2) ders. 17.A., S. 806, I, 1

Eine solche wird nur bei den objektiven Strafbarkeitsbedingungen benötigt ¹⁾. Diese Lösung steht im übrigen auch im Einklang mit der herrschenden Lehre und der Gerichtspraxis ²⁾.

Da auf die Schwächen dieser Neufassung schon an früherer Stelle ³⁾ hingewiesen wurde, erübrigt sich hier eine weitere Kritik.

9.4 Die Rechtmässigkeit der Amtshandlung als Tatbestandsmerkmal

Lange Zeit dominierte in der Literatur die Meinung, dass es sich bei der Rechtmässigkeit der Amtshandlung um ein Tatbestandsmerkmal handelt ⁴⁾. Die Vertreter prüften aber das Problem nie umfassend, sondern immer nur als Alternative zur Ausgestaltung der Rechtmässigkeit als objektive Strafbarkeitsbedingung, wobei sie diese Lösung mit unterschiedlicher Begründung ablehnten.

1) Um die störenden Ungerechtigkeiten zu mildern. Vgl. S. 85 ff

2) RG 2, 423; 55, 166; 60, 342; 72, 300 ff
BGH 4, 161; 21, 335
vgl. auch Maurach, a.a.O. S. 635

3) vgl. S. 90 ff

4) Binding, a.a.O. S. 778, sowie in "Die Normen und ihre Uebertretung", Bd. III, Leipzig 1918, S. 1128 - 1135

Frank, R: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., Berlin 1931, § 113 Anm. VII

M.E. Meyer, a.a.O. S. 455

v.Liszt-Schmidt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Aufl. Berlin 1927, S. 794

Gerland, H.: Deutsches Reichsstrafrecht, 2. Aufl., Berlin 1932, S. 338 und viele mehr; neuere Vertreter

Schröder, H.: Die Irrtumsrechtsprechung des Bundesgerichtshofes, ZStW 65, S. 189

Bemmann, a.a.O. S. 35

Die Konsequenzen dieser Meinung liegen auf der Hand. Versteht sich die Rechtmässigkeit als Tatbestandsmerkmal, wird jeder diesbezügliche Irrtum beachtlich. Selbst ein Täter, der in grob fahrlässiger Weise annimmt, er leiste einer unrechtmässigen Amtshandlung Widerstand, muss straffrei bleiben, da ihm ja damit der notwendige Vorsatz fehlt. Ein solches Resultat erscheint nun allerdings mehr als bedenklich, ¹⁾ führt doch selbst die "völlig aus der Luft gegriffene Annahme", ²⁾ der Beamte handle nicht rechtmässig, zur Strafflosigkeit.

Aus rechtspolitischen Gründen erscheint diese Lösung somit als unbegehrbar. Der Beamte würde bei seiner Tätigkeit verunsichert, was zweifellos gewisse Folgen für das reibungslose Funktionieren des Rechtsstaates haben würde. Lässt man die Einwände rechtspolitischer Natur aber einmal auf der Seite und prüft die These - die Rechtmässigkeit als Tatbestandsmerkmal - unabhängig von den daraus folgenden, störenden Konsequenzen, gelangt man zu einem zwiespältigen Resultat.

Bei der früher überprüften Variante, die Rechtmässigkeit als reines Rechtswidrigkeitsmoment aufzufassen, zeigte sich, dass dadurch dem Tatbestand wichtige, unrechtsbestimmende Faktoren entzogen würden ³⁾. Aus diesem Grunde musste diese Lösung auch abgelehnt werden. Daraus folgt aber zwangsläufig, dass die Rechtmässigkeit für die Unrechtsumschreibung von Bedeutung ist und daher eindeutig im Tatbestand Eingang finden muss. Nur wenn

1) Gassmann, a.a.O. S. 57

2) Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Bd. II, S. 584

3) vgl. S.102/103, ferner Roxin, a.a.O. S. 134

sich die Rechtmässigkeit als Tatbestandsmerkmal versteht, ist auch die Forderung erfüllt, wonach der Tatbestand alle unrechtsbestimmenden Merkmale umfassen sollte. Ist die Rechtmässigkeit der Amtshandlung somit ein Tatbestandsmerkmal ?

Wie schon angedeutet wurde, ist das Ergebnis viel komplizierter. Versteht man nämlich die Rechtmässigkeit als Tatbestandsmerkmal, kommt man sogleich mit den Grundsätzen unserer Rechtsprechung, die ähnlich der vom deutschen Recht entwickelten Schuldtheorie sind ¹⁾, in Konflikt. Das Bundesgericht hat in steter Praxis festgehalten, dass das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit nicht zum Vorsatz gehört ²⁾. Genau dieser Umstand läge bei der Annahme eines reinen Tatbestandsmerkmals vor, weil damit der Tatbestand praktisch in den meisten Fällen die rechtliche Gesamtbewertung der Tat, oder mit anderen Worten, die formelle Rechtswidrigkeit umfassen würde ³⁾. Dies erkannte Beling schon frühzeitig, indem er schrieb: "Zwar kann dieses Problem (Rechtswidrigkeitsfrage) nicht mehr voll ausgerollt werden, ein Stück von ihm ist schon abgetan: indem dem Beamten rechtmässige Amtsausübung zugeschrieben wurde, ist gleichzeitig gesagt, dass er keinen "rechtswidrigen Angriff" vornahm; folglich kommt Notwehr nicht mehr in Frage." ⁴⁾ Anders liegen die Fälle beim Notstand gemäss

1) vgl. Schulze, a.a.O. S. 130; Früh, a.a.O. S. 50/51

2) BGE 70 IV 98; 75 IV 29; 75 IV 43; 82 IV 16; 90 IV 48 zum deutschen Recht vgl. die verschiedenen Meinungen sowie die Gerichtspraxis bei Schönke/Schröder, 17.A., § 59 N 80 ff

3) Roxin, a.a.O. S. 133

4) Beling, a.a.O. S. 157

Art. 34 StGB, wobei solche wohl nur äusserst selten auftreten dürften. Im Normalfall widersetzt sich der Täter ja, weil er sich ungerecht angegangen fühlt; er glaubt sich gegen einen widerrechtlichen Staatsakt zur Wehr zu setzen. Dies wären aber alles vermeintliche "Notwehrfälle". Man kann daher mit gutem Gewissen sagen, dass bei Annahme eines Tatbestandsmerkmals praktisch über die Rechtswidrigkeit mitgeteilt wird.

Man befindet sich in einer Zwickmühle, die Roxin treffend beschreibt: "Die Annahme eines Tatbestandsmerkmals gibt dem Tatbestand zu viel, die Annahme eines Rechtswidrigkeitsmomentes lässt ihm zu wenig. Im ersten Falle enthält der Tatbestand zwar alle unrechtsbestimmenden Merkmale, aber auch noch die Rechtswidrigkeit; im zweiten fehlt ihm diese zwar, aber mit der Rechtswidrigkeit verlassen auch beschreibende und unrechtsbestimmende Merkmale den Tatbestand." ¹⁾

Zieht man zudem noch die eingangs erwähnten kriminalpolitischen Gründe in Betracht, sieht man leicht ein, dass ein Tatbestandsmerkmal als Lösung auch nicht in Frage kommt. Eine solche müsste der Erkenntnis, dass die Rechtmässigkeit der Amtshandlung sowohl Elemente des Tatbestandes als auch solche der Rechtswidrigkeit umfasst, Rechnung tragen. Verschiedene Autoren versuchten diesem Dilemma abzuhelpen. Ihre Lösungen sollen als nächstes untersucht werden.

1) Roxin, a.a.O. S. 134

§ 10 Die Rechtmässigkeit der Amtshandlung weder
Tatbestandsmerkmal noch Rechtfertigungsgrund

10.1 Die Rechtmässigkeit der Amtshandlung als spezielles
Rechtswidrigkeitsmerkmal bei einem "offenen"
Tatbestand

Die Lehre von den "offenen" Tatbeständen und den speziellen Rechtswidrigkeitsmerkmalen ¹⁾ geht auf Welzel zurück ²⁾. Sie ist allerdings - dies sei vorweggenommen - eingehend widerlegt worden ³⁾ und daher abzulehnen ⁴⁾.

Mit seiner Lehre vertritt Welzel die Ansicht, dass es im Strafrecht neben den "geschlossenen" Tatbeständen, die alle Unrechtsmerkmale des betreffenden Deliktes enthalten, auch andere Tatbestände gebe, bei denen die Verbotsmaterie im Tatbestand nicht "allseitig und erschöpfend durch sachlich-gegenständliche Merkmale umschrieben" sei, ⁵⁾ und die damit das Unrecht nur teilweise zu bestimmen vermögen. Ein solcher, "offener" Tatbestand sei, im Gegensatz zu einem "geschlossenen" Tatbestand, nicht in der Lage, die Rechtswidrigkeit zu

-
- 1) früher nannte sie Welzel "Rechtspflichtmerkmale", vgl. JZ 1952, S. 19/20
 - 2) Erstmals in Untersuchungen in JZ 1952, S. 19/20, 133-136, 208/9, 340-344, nachher in seinen Lehrbüchern, vgl. S. 82; vgl. aber auch ZStW 67 S. 224 ff
 - 3) Roxin: Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale
 - 4) Jeschek, a.a.O. S. 169 ff; Stratenwerth, Strafrecht Allgemeiner Teil, a.a.O. S. 115 ff; Baumann, a.a.O. S. 255 ff; vgl. auch die Literaturzusammenstellung bei Roxin, a.a.O. 15-17
 - 5) Welzel, LB 6. Aufl., S. 72

indizieren. Daher könne der Richter in diesen Fällen nicht wie bei den "geschlossenen" Tatbeständen mittels eines negativen Verfahrens die Rechtswidrigkeit bestimmen, sondern müsse diese positiv feststellen, durch den Nachweis von besonderen Rechtswidrigkeitsmerkmalen. Ein Irrtum bezüglich solcher besonderer Rechtswidrigkeitsmerkmale berühre den Vorsatz nicht und müsse als Verbotsirrtum betrachtet werden.

Welzel reduzierte in der Folge gemäss seiner Lehre den Tatbestand des alten § 113 StGB auf den Widerstand gegen einen Vollstreckungsbeamten in Ausübung seines Amtes. Die Rechtmässigkeit gehörte somit nicht zum Tatbestand, da ja damit nicht das verbotene Verhalten beschrieben wurde, sondern lediglich eine Rechtspflicht zur Unterlassung des Widerstandes zum Ausdruck gebracht wurde, für den Fall, dass der Beamte rechtmässig handelte ¹⁾.

Die Lehre von den "offenen Tatbeständen" ist - wie bereits ausgeführt - abzulehnen ²⁾. Der Sinn des Tatbestandes ist es, das Unrecht zu umschreiben und damit die Rechtswidrigkeit zu indizieren. Nur diese Tatbestandsauffassung, sie ist im übrigen auch die Welzels, genügt dem Grundsatz "nullum crimen sine lege". Die "offenen Tatbestände" widersprechen aber nicht nur diesem Grundsatz, sie entleeren gleichsam den Begriff des Tatbestandes. Die "offenen Tatbestände" befinden sich daher eigentlich im Widerspruch zu Welzels eigener Tatbestandskonzeption.

1) Roxin, a.a.O. S. 4

2) Jeschek, a.a.O. § 25, II, 1

Wie soll ein "offener Tatbestand" noch sinnreich die "Stellung eines selbständigen, dem Rechtswidrigkeitsurteil und dem Schuldvorwurf vorgelagerten Verbrechenselementes" ¹⁾ einnehmen und "die strafrechtliche Relevanz eines Verbrechens sachlich umschreiben" ¹⁾, wo ihm Welzel ja gerade diese Funktionen abspricht ?

Ueberprüft man Welzels Theorie von den "offenen Tatbeständen" eingehend, so wie beispielsweise Roxin, zeigen sich noch weitere Schwächen dieser Lehre:

- So findet man, dass manche von Welzels "offenen Tatbeständen" die Rechtswidrigkeit in nicht geringerem Masse indizieren, als dies bei "geschlossenen Tatbeständen" der Fall ist ²⁾.
- Der von Welzel behauptete Umstand, zur Ermittlung der Rechtswidrigkeit bedürfe es bei den "offenen Tatbeständen" eines positiven, bei den "geschlossenen Tatbeständen" dagegen eines negativen richterlichen Urteils, erweist sich nicht als tauglich, einen Wesensunterschied zwischen den beiden Arten von Tatbeständen aufzuzeigen, "da in einem Falle der Täter, im anderen das Handlungsobjekt zum Subjekt des Urteilssatzes gemacht wird. Damit wird ... (sogar) die Abgrenzung von speziellen Rechtswidrigkeitsmerkmalen und Rechtfertigungsgründen in Frage gestellt" ³⁾.

1) Welzel, Lehrbuch 7. Auflage, S. 50

2) Roxin, a.a.O. S. 54 ff

3) Ders., a.a.O. S. 61

- Auch die These, dass die speziellen Rechtswidrigkeitsmerkmale nicht der Tatbeschreibung dienen, erweist sich als falsch, ¹⁾ ja als rechtsstaatlich äusserst bedenklich. Welzel spricht den speziellen Rechtswidrigkeitsmerkmalen jegliche unrechtsbestimmenden Eigenschaften ab; gleichzeitig erklärt er, dass in den "offenen Tatbeständen" die unrechtsbestimmenden Merkmale nur unvollständig enthalten sind. Daraus folgt zwangsweise, dass sich bei ihm das verbotene Verhalten nirgends überhaupt vollständig beschrieben findet. Dies verstiesse in unerträglicher Weise gegen den vorher schon erwähnten Grundsatz, "nullum crimen sine lege".

Die Lösung von den "offenen Tatbeständen" kann daher nicht richtig sein. Diese Lösung hat aber zur bedeutsamen Entdeckung geführt, dass es Merkmale gibt, "die zwar einen individualisierbaren Sachverhalt voraussetzen, aber zugleich als Werturteile abgefasst sind und in dieser Eigenschaft so viel normativen Gehalt in sich aufgenommen haben, dass die Rechtswidrigkeit praktisch zum Tatbestand gezogen würde, wenn das Werturteil selbst nicht aus diesem ausgeschieden bliebe und ... als gesamtatbewertendes Merkmal aufgefasst würde" ^{2), 3)}.

1) vgl. Roxin, a.a.O. S. 61

2) Jeschek, a.a.O. § 25, II 2.

3) vgl. auch § 9 sowie und Roxin, a.a.O. S. 134

10.2 Die Rechtmässigkeit der Amtshandlung als Rechtspflichtmerkmale bei Roxin

Bei der Untersuchung von Welzels "offenen Tatbeständen" fand Roxin, dass es zwar keine dieser Tatbestände gäbe, ¹⁾ wohl aber spezielle Rechtswidrigkeitsmerkmale ²⁾. Diese Merkmale, Roxin nennt sie Rechtspflichtmerkmale, ³⁾ seien zwar von Welzel nicht richtig umschrieben und auch nicht exakt genug von anderen Merkmalen abgegrenzt worden, sollen eine gemeinsame Gruppe bilden, denen durch ihre besondere Stellung zwischen Tatbestand und Rechtswidrigkeit eine Spezialbehandlung zukomme ⁴⁾.

Ein solches Rechtspflichtmerkmal sieht er neben anderen ⁵⁾ auch bei der Rechtmässigkeit der Amtsausübung gegeben ⁶⁾. Die Lehre von den Rechtspflichtmerkmalen soll nur anhand dieses einen Merkmals untersucht werden, da dieses für die vorliegende Arbeit allein von Bedeutung ist.

Bei der Rechtmässigkeit der Amtsausübung handelt es sich um ein normatives Merkmal, oder noch genauer, um einen normativen Begriff spezifisch juristischer Art, wie beispielsweise den Begriff der Urkunde (Art. 251-257 StGB) oder der Ehe (Art. 214 StGB). Ein besonderer Umstand macht es nach Roxin notwendig, aus diesen

1) Roxin, a.a.O. S. 187

2) Ders., a.a.O. S. 188

3) Ders., a.a.O. S. 3 und Fussnote 13

4) Ders., a.a.O. S. 188

5) Roxin, S. 76 ff

6) vgl. Roxin, a.a.O. S. 78-81

Merkmale nochmals eine Gruppe, die Rechtspflichtmerkmale, auszuscheiden.

Normalerweise lässt die Kenntnis eines Tatbestands-elementes ja nicht auch das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit umschliessen, selbst wenn es sich beim Tatbestandsmerkmal um ein solches rechtlich normativer Art handelt. So kann jemand, der ein Zeugnis "verbessert", durchaus um den Begriff der Urkunde wissen, ebenso die soziale Bedeutung seines Tuns kennen, und dennoch kann ihm das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit fehlen. Anders verhält es sich bei den Rechtspflichtmerkmalen. Bei diesen tritt zur Tatbeschreibung noch das Bewusstsein und die Rechtswidrigkeit dazu, denn "wenn der Täter weiss, dass der Beamte, dem er Widerstand leistet, sich in der rechtmässigen Ausübung seines Amtes befindet, ist es schlechterdings nicht möglich, dass er im Verbotswidrigtum handelt" ¹⁾.

Roxins Regel, dass die Rechtspflichtmerkmale neben ihrer Aufgabe, den Tatbestand zu umschreiben, immer auch noch das Urteil über die formelle Rechtswidrigkeit umfassten, kann nun aber gerade im Falle der Rechtmässigkeit der Amtshandlung nicht zugestimmt werden. Seine Behauptung, dass die Kenntnis von der Rechtmässigkeit der Beamtenhandlung notwendigerweise auch das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit des Widerstandes in sich schliesse, ²⁾ ist unzutreffend. Das Wissen um die Rechtmässigkeit der Amtshandlung verhindert mit "logischer Gewissheit" lediglich eine Berufung auf

1) Roxin, a.a.O. S. 76 ff

2) Ders., a.a.O. S. 77

Notwehr; die Fälle des Notstandes gemäss Art. 34 StGB bleiben dagegen unberührt ¹⁾. Weiss ein Täter, diesem Beamten hat die Rechtsordnung die Befugnis verliehen, gegen mich vorzugehen, wobei sich der Beamte genau an seine Bestimmungen hält, so kann der Täter zwar keine Notwehr mehr geltend machen, dagegen steht es ihm immer noch frei, sich der rechtmässigen Amtshandlung zu widersetzen, wenn er ein wertvolleres Rechtsgut zu retten hat. Man denke etwa an einen Arzt, der sich einer rechtmässigen Verhaftung einstweilen entzieht, um einen schwerkranken Patient zu behandeln. Sind alle Voraussetzungen von Art. 34 StGB gegeben, handelt der Arzt rechtmässig.

Der von Roxin angenommene notwendige Zusammenhang zwischen der Rechtmässigkeit der Amtshandlung und der Rechtswidrigkeit des Widerstandes beschränkt sich somit lediglich auf die Fälle der Notwehr. Wenn bei ihm die Rechtmässigkeit dennoch die gesamte formelle Rechtswidrigkeit umfasst, kommt das daher, dass er die Notstandsfälle einfach in die Rechtmässigkeit miteinbezieht ²⁾. Notstand ist bei seiner Konstruktion schlechthin ausgeschlossen, denn entweder befindet sich der Täter im Unrecht, dann ist die Amtshandlung rechtmässig, oder aber der Täter ist im Recht, weil die Amtshandlung unrechtmässig ist. Diese Betrachtungsweise erkennt das Institut des Notstandes. Bei diesem stehen sich ja nicht Recht und Unrecht gegenüber wie bei der Notwehr, sondern es gilt hier das höhere Rechtsgut

1) Beling, die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 157/8

2) Roxin, a.a.O. S. 77; Gossmann, a.a.O. S. 55

gegenüber dem minderen zu schützen. Es bedeutet daher keinen Widerspruch, den Widerstand - gerechtfertigt durch Notstand - gegenüber einer rechtmässigen Amtshandlung für rechtmässig zu erklären.

Es ist damit auch Roxin nicht vollends geglückt, das Merkmal der Rechtmässigkeit der Amtshandlung eindeutig in einem System festzulegen. Dennoch zeigt er den Weg zur richtigen Behandlung dieses Merkmals beim Irrtum und beim Versuch. Bevor wir uns abschliessend dieser Lösung zuwenden, soll noch ein weiterer Lösungsvorschlag Welzels untersucht werden.

10.3 Die Rechtmässigkeit der Amtshandlung als allgemeines Rechtswidrigkeitsmerkmal

Irgendwie mochte Welzel mit seinem Vorschlag - die Rechtmässigkeit sei spezielles Rechtswidrigkeitsmerkmal bei einem "offenen Tatbestand" - nicht voll zufrieden sein, denn er liess seiner eigenen Lehre noch einen weiteren Lösungsvorschlag folgen ²⁾. Der dabei auftretende Widerspruch schien ihn kaum zu stören, finden sich doch beide Lösungen nebeneinander in seinen Lehrbüchern ³⁾. Im Resultat kommen allerdings beide Lösungsversuche auf das Gleiche heraus.

-
- 1) Welzel: der Irrtum über die Rechtmässigkeit der Amtshandlung in JZ 1952, S. 19 ff
die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem, ZStW 1955 (Bd. 67) S. 196 ff
- 2) Welzel: Lehrbuch 7. Aufl., S. 75, 427; 8. Aufl., S. 75 und 428 etc.

Gemäss dieser zweiten Theorie könnte das Wort "rechtmässig" in § 113 StGB ruhig weggelassen werden. Dieses Merkmal würde durch den Notwehrbegriff überflüssig. Fehle das Wort "rechtmässig" im Tatbestand, wäre nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes doch nur die rechtmässige Amtshandlung geschützt ¹⁾. "Verboten ist die Widerstandsleistung ohnehin nur, wenn sie rechtswidrig ist, und rechtswidrig ist sie nur, wenn der Beamte rechtmässig gehandelt hat." ²⁾ Die Rechtmässigkeit der Amtshandlung würde damit lediglich die selbstverständliche Hervorhebung der Rechtswidrigkeit der Widerstandshandlung darstellen. Der Irrtum über die Rechtmässigkeit der Amtshandlung wäre daher identisch mit dem Irrtum über die Rechtswidrigkeit der Widerstandsleistung und müsste nach den Regeln des Verbotsirrtums behandelt werden ³⁾.

Dieser auf den ersten Blick bestechend einfachen Lehre kann aus verschiedenen Gründen nicht zugestimmt werden. So vermag Welzels Argumentation, die Rechtmässigkeit der Amtshandlung entspreche der Notwehr, weil beide die Rechtswidrigkeit der Tat ausdrücken, nicht zu überzeugen. Dieses Verhältnis besteht genauso, wenn die Rechtmässigkeit als Tatbestandsmerkmal aufgefasst wird: handelt der Beamte rechtmässig, so der Täter

1) Welzel, JZ S. 19

2) Welzel, JZ S. 20

3) Welzel, a.a.O. S. 20

tatbestandsmässig, und da kein Rechtfertigungsgrund der Notwehr vorliegt, auch rechtswidrig.

Desgleichen spricht die Koinzidenz, dass wer irrtümlich die Rechtmässigkeit einer Amtshandlung verneint, seinen Widerstand für rechtmässig sieht - bzw. die Rechtmässigkeit bejaht, den Widerstand für verboten hält - nicht zwingend für ein Rechtswidrigkeitsmerkmal. Diese Beziehung tritt auch bei Tatbestandsmerkmalen auf ¹⁾, ²⁾.

Die grössten Bedenken erwachsen aber aus einem schon an früherer Stelle erwähnten Umstand. Verzichtet man auf die Rechtmässigkeit im Tatbestand, hätte dies zur Folge, dass auch der Widerstand gegen die unrechtmässige Amtshandlung tatbestandsmässig wäre. Dieses Resultat wurde schon an früherer Stelle eingehend abgelehnt ³⁾. Gerade Welzel selbst legte auf die Trennung von zwar tatbestandsmässigen aber gerechtfertigten Handlungen grossen Wert ⁴⁾.

1) vgl. Bemann, Günter: Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, 1957, S. 18/19

2) Wer eine fremde Sache irrtümlich zerstört, weil er sie für die eigene hält, dem fehlt sicher nicht nur der Vorsatz gemäss Art. 145 StGB, sondern auch das Unrechtsbewusstsein. Genauso wird er im konträren Falle, wenn er irrtümlich seine eigene Sache zerstört, die Handlung für rechtswidrig halten.

3) vgl. S. 2 ff; Roxin a.a.O. S. 61

4) Welzel, ZStW 67, Lehrbuch 7. Aufl., S. 74

§ 11 Die Rechtmässigkeit der Amtshandlung als Träger
von Tatbestands- und Rechtswidrigkeitsmerkmalen

Wie schon an früherer Stelle bemerkt, muss bei einer korrekten Lösung unbedingt der Tatsache Rechnung getragen werden, dass sich im Merkmal der Rechtmässigkeit der Amtshandlung sowohl Tatbestands- als auch Rechtswidrigkeitsmomente finden, indem hier gleichsam beschreibende wie die Rechtswidrigkeit indizierende Merkmale vorliegen. Reduzierte man die Rechtmässigkeit auf ein reines Rechtswidrigkeitsmerkmal, so entzöge man dem Tatbestand zu seiner korrekten Umschreibung wichtigste Elemente ¹⁾. Die Rechtmässigkeit der Amtshandlung wiederum als reines Tatbestandsmerkmal betrachtet, berücksichtigt dagegen den Umstand zu wenig, dass dann mit der Tatbestandserfüllung praktisch in den meisten Fällen auch das Rechtswidrigkeitsurteil mitenthalten ist. Dies stünde im Widerspruch mit der Schuldtheorie, ²⁾ ganz abgesehen von den rechtspolitischen Bedenken einer solchen Lösung ³⁾. Die optimale Lösung muss somit zwischen den beiden Möglichkeiten liegen, muss gleichsam zwischen diesen beiden vermitteln. Eine optimale Lösung verlangt aber noch des weiteren, dass sie sich harmonisch in die bestehenden Lehren des allgemeinen Strafrechtes einfügt. Das Ganze sollte schliesslich ohne Rückgriff auf die *lex ferenda* möglich sein.

1) vgl. S. 103/104

2) vgl. S. ; Das Rechtswidrigkeitsurteil ist nicht mehr Folge, sondern Bestandteil der Tatbestandserfüllung, bei finalistischer Handlungslehre gleichsam Voraussetzung der Tatbestandsmässigkeit. Vgl. Roxin, a.a.O. S. 99/100, 102 und 133

3) vgl. S. 106/107

Geht man davon aus, dass sich in der Rechtmässigkeit sowohl Tatbestands- wie Rechtswidrigkeitsmerkmale finden, ist es gar nicht mehr so schwer, das Problem zu lösen, ohne mit der Tatbestandslehre in Schwierigkeiten zu geraten und dennoch den Anforderungen des Schuldprinzips gerecht zu werden. Dies gelingt recht einfach, indem man bei einem Irrtum über die Rechtmässigkeit der Amtshandlung diese in ihre Bestandteile aufspaltet. Dabei werden die beschreibenden, unrechtsbestimmenden Merkmale dem Tatbestand und die das Rechtswidrigkeitsurteil bestimmenden Elemente der Rechtswidrigkeit zugeordnet. Aus dem Resultat ist sofort ersichtlich, dass mit dieser Lösung sowohl Tatbestands- als auch Verbotsirrtümer möglich sind, je nach dem über welche Gruppe von Merkmalen sich ein Täter getäuscht hat: Hat sich der Täter eine falsche Vorstellung über die beschreibenden, dem Tatbestand zuzuordnenden Elemente gemacht, befindet er sich in einem Tatbestandsirrtum, kannte er jedoch die sachlichen, das Unrecht beschreibenden Merkmale genau und irrte er lediglich über das Verbotensein seiner Handlung, liegt ein Verbotsirrtum vor. Diese Lösung mag auf den ersten Blick kompliziert erscheinen, doch dürfte die richtige Subsumtion bei einem richtigen Verständnis von Tatbestands- und Verbotsirrtum nicht besonders schwierig sein. Zwei Beispiele sollen zum besseren Verstehen beitragen:

- Leistet jemand bei einem rechtmässigen Pfändungsakt Widerstand in der Annahme, es handle sich beim Betreibungsbeamten um einen Polizisten statt um den zuständigen Betreibungsbeamten, so liegt ein Tatbestandsirrtum vor, da ein Polizist für

eine Pfändung tatsächlich nicht zuständig ist. Der Irrtum des Täters schliesst hier den erforderlichen Vorsatz aus.

- Widersetzt sich eine bei einem Raufhandel in Verdacht der Beteiligung geratene Person dem Befehl eines Polizisten, ihn auf den Polizeiposten zwecks Abklärung seiner Personalien und des Vorfalls zu begleiten, weil er sich unschuldig fühlt und auch unschuldig ist, so liegt ein Verbotsirrtum vor. Hier irrt der Täter allein über die Rechtswidrigkeit seines Handelns, indem er glaubt, dass eine unschuldige, aber verdächtige Person sich einer polizeilichen Kontrolle entziehen darf.

Die aufgezeigte Lösung schwächt die Position des Staates in keiner Weise. Der Schutz des Vollzugsbeamten bleibt voll gewahrt. In den weitaus häufigsten Fällen wird ein Verbotsirrtum vorliegen, wo die Praxis des Bundesgerichtes bekanntlich äusserst restriktiv und streng ist. Für die verbleibenden Fälle eines Tatbestandsirrtums wird durch die ausgewogene Praxis über die Nichtigkeit von Verwaltungsakten eine wirksame Schranke gezogen, indem nur krasse, bedeutende Fehler die Unrechtmässigkeit der Amtshandlung zur Folge haben und zum straflosen Widerstand berechtigen ¹⁾. Irrt ein Täter dagegen über unbedeutende Mängel der Amtshandlung und glaubt er sich aus diesem Grunde zum Widerstand berechtigt, irrt er über seine Duldungspflicht und befindet sich wiederum in einem Verbotsirrtum. Nur wo ein

1) vgl. S. 68 ff

Irrtum auf einen wirklich groben Mangel hinzielte, läge somit ein befreiender Tatbestandsirrtum vor. Dann aber wohl sicher zu Recht. Tatbestandsirrtümer wären also bei der Rechtmässigkeit der Amtshandlung recht selten. Der aufgezeigten Lösung steht mithin kein zwingender kriminalpolitischer Grund entgegen.

Die aufgezeigte Lösung bewährt sich auch bei der Versuchslehre bzw. bei der Abgrenzung von Versuch gegenüber dem Putativdelikt. Auch hier entstehen nämlich keinerlei Diskrepanzen mit den herrschenden allgemeinen Lehren, wonach sich beim Versuch der Täter in einem umgekehrten Tatbestandsirrtum, beim Putativdelikt in einem umgekehrten Verbotsirrtum befindet. Leistet der Täter gegen eine unerlaubte, unrechtmässige Amtshandlung Widerstand, meint aber aufgrund einer Verkennung irgendeiner Verbotsnorm, sein Widerstand sei strafbar bzw. er sei duldungspflichtig, so liegt ein Putativdelikt vor. Wenn der Täter dagegen an die Rechtmässigkeit einer unrechtmässigen Amtshandlung glaubt, weil er dieser Amtshandlung aus irgendeinem Grund einen Sinn beilegt, der, wenn sie ihn wirklich hätte, sie tatsächlich rechtmässig machen würde und sich ihr widersetzt, liegt ein Versuch vor.

Wir können abschliessend sagen, dass die vorgefundene Lösung mit keiner Lehre des allgemeinen Strafrechtes kollidiert. Sie fügt sich im Gegenteil harmonisch in das Gefüge der verschiedenen Lehren ein, auch der wichtige Grundsatz des Schuldprinzipes bleibt voll gewahrt. Beide Interessen, diejenigen des Staates und

die des betroffenen Individuums sind geschützt.
Das Ganze verlangt keine Gesetzesänderung sondern
lediglich, dass der Strafrichter jeweils sorgfältig
prüft, welche Elemente der Rechtmässigkeit der Amts-
handlung durch den Irrtum des Täters tangiert worden
sind.

L e b e n s l a u f

Ich wurde am 26. Februar 1950 in Winterthur geboren und besuchte hier die Primar-, Sekundar- und Kantonsschule. Nach Bestehen der Maturitätsprüfung im Herbst 1969 immatrikulierte ich mich an der rechts und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, wo ich mein ganzes Studium absolvierte. Am 20. Oktober 1971 verheiratete ich mich. Im Februar 1974 bestand ich das iuristische Lizentiatsexamen. Danach erfolgte ein ca. zweieinhalbjähriges Gerichtspraktikum am Bezirksgericht Bülach. Seit 1. Januar 1979 bin ich Bezirksanwalt bei der Bezirksanwaltschaft Zürich. Im Juli 1979 erfolgte die Promotion zum Doktor der Rechte.

